

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



LACUNAS EM DIREITO ADMINISTRATIVO

FABIO SANTOS MACEDO
ALUNO N: 27.249

DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO SENHOR PROFESSOR DOUTOR PAULO OTERO

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

DIREITO ADMINISTRATIVO

2018

A Nathalie e Pedro Macedo,
pelo sorriso cotidiano.

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação é fruto do depósito de conhecimento e de formação cultural que me foi propiciada por diversas fontes. Agradecer a todas de forma específica é impossível, por isso me limito aos que participaram de maneira mais direta nesta empreitada.

Primeiro, é preciso agradecer aos meus pais, Hermínio e Lucimere, pela dedicação constante em prol de minha formação; às minhas irmãs, Vânia e Raquel, e ao meu irmão, Leonardo, pela prazerosa convivência em família. Muito mais do que sangue, temos verdadeiros laços de amizade.

Na qualidade de representantes do grupo de amigos, agradeço a Alexandre Schneider e Leonardo Barifouse pelas valiosas contribuições a esta dissertação e por terem me substituído no trabalho: o primeiro, na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e o segundo, no escritório Barifouse & Macedo Advogados, para que esta dissertação pudesse ser finalizada.

Aos Professores Doutores, Paulo Otero, Vasco Pereira da Silva e Jorge Reis Novais, agradeço pelas lições passadas no curso de mestrado que culmina com a apresentação desta dissertação. Novamente, ao Professor Doutor Paulo Otero, por ter orientado, auxiliando na escolha do tema, e, especialmente, em razão de ter plantado mais dúvidas do que certezas nos debates que tivemos sobre o tema. Esta é, sem dúvida, a postura de um investigador desapegado de vaidades.

Agradeço, por fim, a Nathalie Carvalho Giordano Macedo, por ter voluntariamente escolhido passar a vida ao meu lado e por ter percorrido comigo também o mestrado na Faculdade de Direito de Lisboa. Dividimos as felicidades e agruras, horas cotidianas na biblioteca da faculdade, em uma jornada que consolida nosso amor. E a Pedro Giordano Macedo, que, com apenas dois anos, foi (involuntariamente) retirado da convivência da família e amigos para viver um tempo em Lisboa, tornou-se rapidamente lisboeta, com sotaque e tudo, para outra vez ser (involuntariamente) retirado da convivência dos amigos ao voltarmos para o Brasil. Sempre feliz e sempre nos fazendo felizes!

RESUMO

A presente dissertação teve como objetivo investigar o fenômeno das lacunas em Direito Administrativo de forma ampla. Assim, sua pretensão foi verificar como as lacunas interagem com a juridicidade administrativa, sua ocorrência em campos em que a legalidade administrativa desempenha um papel especial, os métodos de sua solução e como deve atuar a Administração diante de uma lacuna. A investigação foi dividida em duas partes: a primeira tratou da existência de lacunas na juridicidade administrativa e a segunda, a solução administrativa de lacunas. A partir de um conceito que identifica as lacunas como um fenômeno natural de mutabilidade normativa, inerente à abertura dos enunciados normativos, na primeira parte da dissertação se verificou que a juridicidade administrativa é ainda concebida sob diversos aspectos como fechada, concepção que nega a existência de lacunas em variados campos da juridicidade administrativa, em contraposição com o conceito normativo e de lacunas adotado. Na segunda parte, a investigação se volta para a solução de lacunas, reconhecendo apenas a analogia e os princípios jurídicos fundamentais como métodos que possibilitam a solução de lacunas e que não se submetem a vedações abstratas à sua utilização, mas que devem respeitar as condições democráticas, a racionalidade jurídica e a intencionalidade normativa. Ainda, a investigação verifica os deveres e consequências da atuação administrativa diante de uma lacuna, reconhecendo um dever geral de solução de lacunas diante de casos concretos. Entretanto, não verifica um dever de alterar uma fonte administrativa quando esta contenha uma lacuna, bem como relega a equivocada solução de lacunas à categoria das invalidades em geral.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Lacunas. Juridicidade. Fontes. Analogia.

ABSTRACT

This dissertation aimed at investigating the phenomenon of gaps in Administrative Law in a broad way. Thus, its intention was to verify how the gaps interact with administrative legality, its occurrence in fields in which administrative legality plays a special role, the methods of its solution and how the Administration must act before a gap. The investigation was divided in two parts: the first dealt with the existence of gaps in administrative legality and the second the administrative solution of gaps. Based on a concept that identifies gaps as a natural phenomenon of normative mutability, inherent to the opening of normative statements, in the first part of the dissertation it was verified that administrative legality is still conceived under several aspects as closed, conception that denies the existence of gaps in various fields of administrative legality, as opposed to the normative and gaps concept adopted. In the second part, the investigation focuses on the solution of gaps, recognizing only analogy and fundamental legal principles as methods that allow the solution of gaps and that are not subject to abstract fences to their use, but that must respect the democratic conditions, legal rationality and normative intentionality. Furthermore, the investigation verifies the duties and consequences of administrative action in the face of a gap, recognizing a general duty to solve gaps in concrete cases. However, it does not verify a duty to change an administrative source when it contains a gap, as well as relegates the misleading solution of gaps to the category of invalidity in general.

Keywords: Administrative Law. Gaps. Legality. Sources. Analogy.

Índice

Lista de Abreviaturas	9
1 – Objeto, metodologia e sequência de abordagem do tema	10
2 – Introdução: o conceito de lacunas	14
2.1 – Direito versus espaço livre de Direito	14
2.2 – Conceito de lacunas na Teoria do Direito	20
2.2.1 – Lacunas e o Positivismo Jurídico	20
2.2.2 – Lacunas e o Pós-positivismo	27
2.3 – Conclusões parciais	37
PARTE I: LACUNAS E A JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA	40
Capítulo 1	41
3 – Os dogmas tradicionais sobre lacunas e a legalidade administrativa	41
3.1 – Lacunas em Direito Administrativo versus lacunas em Direito Privado	45
3.2 – Lacunas no Direito Administrativo e a utilização do Direito Privado	47
3.3 – Lacunas em normas taxativas e em normas do tipo regra geral/regra excepcional	52
3.4 – Lacunas, tipicidade fechada e normas de Direito Administrativo sancionador ..	55
3.5 – Lacunas e a legalidade extraordinária do estado de necessidade	60
3.6 – Lacunas no regime da ilegalidade administrativa	63
3.6.1 – Inexistência jurídica	63
3.6.2 – Teoria do desvio de poder	67
3.6.3 – Teoria dos motivos determinantes	69
3.7 – Conclusões parciais	70
Capítulo 2	73
4 – Lacunas e regras de competência	73
4.1 – Lacunas e a competência parlamentar	74
4.1.1 – Levando a regra de competência parlamentar a sério	76
4.1.2 – Regra de competência, inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção	80
4.1.3 – Plasticidade da regra de competência parlamentar	85
4.2 – Lacunas e descentralização político-administrativa	88
4.3 – Lacunas e competência administrativa	94

4.3.1 – A competência que se origina da teoria dos poderes implícitos	96
4.3.2 – Lacunas e discricionariedade administrativa.....	99
4.4 – Conclusões parciais	106
Capítulo 3	109
5 – As outras fontes do Direito Administrativo	109
5.1 – Fonte consuetudinária	118
5.1.1 – Costume constitucional	120
5.1.2 – Costume, legalidade administrativa e lacunas.....	124
5.2 – Fonte jurisprudencial (doutrinária e jurisdicional).....	128
5.3 – Fontes comunitárias e internacionais	133
5.3.1 – Fontes internacionais.....	134
5.3.2 – Fonte eurocomunitária	136
5.4 – Fontes voluntárias provenientes da Administração.....	140
5.4.1 – Fontes voluntárias unilaterais da Administração	140
5.4.2 – Fontes voluntárias bilaterais da Administração	144
5.4.3 – Lacunas em fontes voluntárias da Administração.....	145
5.5 – Pluralismo das fontes administrativas: as novas fronteiras.....	146
5.6 – Conclusões parciais	150
PARTE II: A SOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE LACUNAS	153
Capítulo 1	154
6 - Métodos de solução de lacunas	154
6.1 – Analogia em Direito Administrativo.....	155
6.1.1 – Limites para utilização da analogia em Direito Administrativo	164
6.1.1.1 – Natureza da analogia e racionalidade jurídico-administrativa	164
6.1.1.2 – Analogia e limites democráticos	166
6.1.1.3– Analogia e demais limites normativos	169
6.1.1.3.1 – Analogia em normas taxativas ou excepcionais.....	170
6.1.1.3.2 – Analogia em normas sancionatórias.....	172
6.1.1.3.3 – Analogia com outros ramos do Direito, especialmente com o Direito Privado: o problema do pertencimento	175
6.1.1.3.4– Analogia e descentralização político-administrativa.....	180
6.1.1.3.5 – Analogia e subordinação normativa.....	184
6.1.1.3.6 – Analogia em normas de competência administrativa.....	185
6.1.2 – Analogia nas fontes e solução de lacunas entre fontes.....	186

6.2 – Princípios jurídicos fundamentais	188
6.3 – O intérprete como legislador	192
6.4 – Conclusões parciais	194
Capítulo 2	198
7 – Atuação da Administração diante de uma lacuna	198
7.1 – Pode uma lacuna paralisar a Administração?	198
7.2 – Lacunas e a necessidade de alteração das fontes administrativas	202
7.2.1 – Lacunas e a (des)necessidade de alteração de fontes unilaterais	202
7.2.2 – Lacunas e a impossibilidade unilateral de alteração de fontes bi ou multilaterais	206
7.3 – Há um poder geral regulamentar para regular a conduta lacunosa?	208
7.3.1 – Lacunas e as orientações interpretativas	209
7.4 – A ilegalidade proveniente da verificação ou solução de lacunas	215
7.4.1 – Aspectos centrais do regime das invalidades administrativas em Portugal ...	216
7.4.2 – Invalidades decorrentes da equivocada verificação/solução de lacunas	220
7.5 – Conclusões parciais	223
8 – Conclusão	226
Bibliografia	229

LISTA DE ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

CP – Código Penal

CPA – Código de Procedimento Administrativo

CPC – Código de Processo Civil

CRB – Constituição da República do Brasil

CRP – Constituição da República de Portugal

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

DF – Distrito Federal

LGT – Lei Geral Tributária

RRCEE – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

1 – OBJETO, METODOLOGIA E SEQUÊNCIA DE ABORDAGEM DO TEMA

O objeto desta investigação é verificar como as lacunas se comportam no Direito Administrativo, identificando se existem peculiaridades em razão do regime próprio. De forma mais específica, o foco central da dissertação será investigar como as lacunas se relacionam com a juridicidade administrativa, sua existência nos variados aspectos do bloco de legalidade, quais os métodos de sua solução e como deve agir a Administração diante de uma lacuna.

A pretensão é, assim, investigar como a juridicidade se manifesta e como atua a Administração diante de uma lacuna. O objeto pode ser decomposto em duas frentes: a primeira tem a ver com o modelo de verificação de lacunas, sobretudo considerando as peculiaridades administrativas; a segunda diz respeito à solução de lacunas, inclusive os deveres e consequências da atuação administrativa quando soluciona uma lacuna.

A escolha do tema foi fruto de uma incipiente percepção sobre como a normatividade administrativa é vista sob uma perspectiva restrita, com vedações interpretativas que não aparentam fazer sentido à luz de uma compreensão correta da juridicidade. Como as lacunas levam o problema dos limites da normatividade ao extremo, este foi o foco escolhido para investigação.

O interesse sobre o tema é reforçado pelo fato de a doutrina do Direito Administrativo não ter se debruçado de forma específica sobre as lacunas¹. A rigor, a doutrina da atualidade tem dedicado pouca atenção a temas de interseção entre a Teoria do Direito e o Direito Administrativo.

O método traçado para investigação partirá da delimitação de um conceito de lacunas, que será orientado a partir de uma premissa filosófica pós-positivista, para posteriormente testar, diante deste conceito, leituras tradicionais sobre a existência de lacunas na juridicidade administrativa, com a pretensão de verificar se ainda devem subsistir tais leituras.

¹ Recentemente, foi lançada obra coletiva de curtos artigos sobre tema próximo. Entretanto, a pretensão da obra não era a de uma análise ampla e profunda sobre o tema. Cf. FILIPA LEMOS CALDAS et. al., *Analogia em Direito Administrativo: os limites à integração analógica de normas administrativas*, Lisboa, AAFDL, 2015.

Ultrapassada esta fase, sob o mesmo prisma filosófico serão testados os modelos tradicionais de solução de lacunas, com o intuito de saber se persistem os dogmas que normalmente conduzem à solução de lacunas, inclusive no que concerne à atuação em concreto da Administração quando se depara com uma lacuna.

O objetivo desta dissertação não é investigar com profundidade o tema lacunas como categoria geral. De modo amplo, seu fundamento, peculiaridades e possibilidades são um problema da Teoria Geral do Direito. O foco desta dissertação é o Direito Administrativo, o que impõe que o aprofundamento sobre questões de Teoria do Direito sejam limitadas apenas ao necessário para a compreensão adequada do fenômeno em Direito Administrativo.

Como, entretanto, a premissa filosófica e, conseqüentemente, de Teoria do Direito são pontos de partida da noção de lacunas e de sua relação com a juridicidade administrativa, ambas serão abordadas com a objetividade possível para que haja coerência argumentativa na construção da investigação.

Neste sentido, a dissertação seguirá um modelo de espiral construtiva, em que os conceitos já trabalhados serão retomados para a análise relacional de um próximo conceito e, assim, em círculos ascendentes, será construída de forma encadeada à investigação. Deste modo, sempre que um conceito anterior for novamente utilizado será de forma objetiva, considerando sua anterior análise, para que o texto não fique desnecessariamente repetitivo.

A investigação vai utilizar como parâmetro o ordenamento português e o brasileiro², o que abarca mormente o modo como as respectivas doutrinas enxergam seus ordenamentos. Todavia, a pretensão é que a análise seja generalizável a todos os países que adotam uma perspectiva semelhante de juridicidade administrativa, notadamente aqueles que comungam da influência do modelo francês. Tal é a aspiração deste trabalho que, para tanto, percorrerá a sequência que se segue.

O plano começa com uma introdução sobre o conceito de lacunas, que abordará a existência de um espaço jurídico e um vazio de Direito e, dentro do espaço jurídico, as concepções normativas do Positivismo e do Pós-positivismo para adotar um conceito de lacunas coerente com a premissa normativa.

² Em respeito à tradição de cada país, as menções aos dispositivos legais de origem portuguesa serão feitas na forma ordinal e as menções aos brasileiros, na forma cardinal.

A primeira parte é dividida em três capítulos que abordarão de modo amplo as lacunas na juridicidade administrativa. O primeiro capítulo enfrentará os dogmas tradicionais envolvendo a existência de lacunas na legalidade administrativa, analisando se há diferença entre a ocorrência de lacunas na legalidade privada e na administrativa, se existem lacunas em áreas sobre as quais se tem entendido vigorar uma legalidade restrita e como são construídas teorias gerais de abertura da legalidade a fim de admitir casos que não eram abrangidos pelo direito positivo, mesmo que o fato de haver uma lacuna não tenha sido abordado de forma conscientemente quando da construção dessas teorias.

O segundo capítulo analisará a relação entre lacunas e as regras de competência. Na primeira parte, a investigação se debruçará sobre a potencial violação da competência parlamentar pelo reconhecimento de lacunas, verificando os limites normativos em respeito à competência parlamentar. Em seguida, a análise se voltará para as competências dos subordenamentos nacionais, decorrentes da descentralização político-administrativa, e se as lacunas nesses subordenamentos permitem uma interação com o ordenamento nacional. O terceiro ponto irá tratar da competência administrativa e se esta é pautada por uma regra de rigidez que impeça o reconhecimento de lacunas.

O terceiro capítulo abordará o problema das fontes do Direito Administrativo, com o escopo de verificar se são verdadeiras fontes ou se são métodos de solução de lacunas, bem como de que modo o Direito positivo é revelado e, portanto, como as lacunas se relacionam com cada uma das fontes.

A segunda parte da dissertação irá investigar a solução administrativa de lacunas e será dividida em dois capítulos. O primeiro capítulo analisará os métodos de solução de lacunas, em especial a analogia; os princípios jurídicos fundamentais; e a atuação do intérprete como legislador. A abordagem vai verificar se, de fato, tais métodos podem ser considerados para a solução de lacunas e, para os que podem, como devem ser compreendidos e quais seus limites em Direito Administrativo.

O segundo capítulo irá tratar da atuação da Administração diante de uma lacuna, ou seja, depois de verificada uma lacuna na juridicidade e conhecidos os critérios para sua solução, a questão se volta para a atuação concreta da Administração, investigando se há um dever de decidir ou se a lacuna paralisa o agir administrativo; se as lacunas em fontes próprias da Administração solicitam a alteração do ato lacunoso; se há um poder geral para

emissão de regulamentos com o escopo de definir qual a interpretação correta de uma lacuna; e, por fim, as consequências da equivocada solução de uma lacuna.

2 – INTRODUÇÃO: O CONCEITO DE LACUNAS

Para além daqueles que sequer reconhecem sua existência, o conceito de lacunas em Direito é objeto de amplo desacordo. A divergência tem origem nas distintas concepções jurídico-filosóficas, que, como consequência, geram uma pluralidade de conceitos sobre o que são as lacunas, quando aparecem, seu fundamento e métodos de solução.

Com efeito, as duas grandes famílias da teoria filosófica que dominaram a segunda metade do século XX e adentram o século XXI, o Positivismo Jurídico e o Pós-Positivismo, travam um intenso debate sobre as fontes do Direito e a teoria normativa, tendo grande reflexo sobre o conceito de lacunas.

A premissa filosófica é, assim, um ponto central na definição de um conceito para lacunas. Ainda que a presente investigação não seja voltada exclusivamente para a Filosofia ou Teoria do Direito, mas sim para o Direito Administrativo, optar por um conceito de lacuna sem demonstrar as premissas teóricas que lhe dão sustentação dificulta a adequada compreensão do conceito adotado.

O que se pretende, portanto, para além de ter um conceito formulado em poucas linhas, é ter um exposto numa fórmula sucinta, mas que possa ser corretamente compreendido com base no que apresentado na presente introdução. Os temas debatidos nesta introdução serão, assim, premissas importantes para o que será abordado nos capítulos vindouros.

Em suma, o que se pretende é analisar como as teorias Positivista e a Pós-positivista constroem suas respectivas teorias normativas e como estas se encaixam na ideia de lacuna. Sendo certo que dentro de cada família filosófica existem inúmeras teorias “internas” que também divergem sobre outros tantos pontos, contudo, não se abordará com profundidade cada uma de tais teorias, uma vez que são desnecessárias para se chegar ao que se tenciona, apontando as distinções existentes quando se façam necessárias.

2.1 – Direito versus espaço livre de Direito

Antes de adentrar a investigação sobre o conceito de lacunas, é importante distinguir seu campo de incidência em relação ao do espaço livre de Direito. A existência de um espaço livre de Direito não é consensual, pois parte do pensamento jurídico defende que o Direito, tal como um gás, expande-se por toda a área, regulando todos os fatos e acontecimentos da vida. Tal regulação não precisa ser necessariamente positiva, com regras claras e precisas sobre a matéria regulamentada, porque também pode ser negativa, como que uma abstenção volitiva do sistema, do qual se extrai uma consequência lógica.

Sob forte influência da racionalidade iluminista, uma parte do Positivismo jurídico defende esta ideia, calcada numa pretensa coerência lógica. Tal tese afirma que algo só pode ser permitido (ou obrigatório) ou proibido sem que exista uma terceira hipótese. Todos os aspectos da vida teriam, assim, alguma resposta do Direito.

Como evidentemente é impossível criar de antemão normas para todos os infinitos acontecimentos da vida, a tese assevera que, se uma conduta não é prevista no ordenamento jurídico, ela é permitida, tendo como base para a permissão o princípio da liberdade. Ou seja, na ausência de uma norma específica para o caso, incide uma norma geral permissiva, lastreada na concepção de que o ordenamento permite, com fundamento na liberdade, tudo aquilo que não é legalmente regulado³.

Neste sentido, o próprio sistema, em função da existência do princípio da liberdade, prevê sua expansão a todos os fatos da vida, regulando mesmo aquilo que, com o perdão da contradição, não é especificamente regulado⁴.

Outra vertente aduz que, quando o Direito regula uma conduta, ele também regula a não conduta e, ao fazê-lo, acaba por regular todos os aspectos da vida, positivamente, por meio de uma norma que regre de forma específica o fato, ou de forma excludente, em razão da pressuposição de uma norma que exclui todos os demais casos que não são abarcados por ela⁵.

³ Cf. ANTÓNIO MANUEL HESPAÑHA, *O caleidoscópio do Direito: o Direito e a Justiça nos dias de hoje*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 575.

⁴ Para uma visão sobre as críticas desta perspectiva, cf. MARIA HELENA DINIZ, *As lacunas no Direito*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 56 e ss.

⁵ Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (título original TEORIA DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO), Brasília, Editora UNB, 1995, p. 132 e ss.

Assim, por exemplo, quando o Direito estipula as manifestações de vontade que se caracterizam como um contrato, esmiuçando seu regime jurídico, ele também regula, por consequência lógica, tudo aquilo que pode ser caracterizado como um não contrato.

Nesta acepção, toda norma presente no ordenamento comportaria sempre uma norma geral exclusiva e todos os fatos da vida devem se encaixar na lógica binária segundo a qual ou o fato se subsume à norma ou à norma exclusiva.

Contra tais argumentos, que negam a existência de um espaço vazio de Direito, foram lançadas diversas críticas. Já de antemão, a prática jurídica permite prever que a ausência de norma positiva específica sobre determinada conduta não enseja uma automática incidência da liberdade permissiva. Os métodos integrativos são a evidência de como mesmo uma conduta não regulada em abstrato pode não ser permitida, ou seja, é factível, sendo comum que uma conduta seja proibida ou obrigatória sem que haja expressa disposição legal neste sentido, desde que tanto seja o resultado de um método de integração⁶.

Absolutamente no mesmo sentido, caminham as hipóteses em que se obtém como resultado da interpretação algo de maior incidência do que a “expressão literal do texto”⁷, o que parte da doutrina denomina de interpretação extensiva, efeito extensivo/ampliativo ou “extensão teleológica”⁸. Nestes casos, mesmo que uma conduta não esteja abarcada dentro da interpretação gramatical do dispositivo, o resultado da interpretação poderá fazer com que o fato seja excluído da zona de liberdade.

A questão fica ainda mais evidente quando a alteração de sentido do texto decorre do mero transcurso do tempo e alteração das bases históricas sobre as quais se dava a interpretação. A natureza histórica da interpretação impõe que a compreensão do texto jurídico se dê baseada no arcabouço histórico no qual o intérprete se insere, de maneira que

⁶ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, Studia Iuridica I, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 212-213.

⁷ A ideia de que há uma normatividade inata ligada à expressão literal será objeto de críticas no tópico seguinte.

⁸ Cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego (título original METHODENLEHRE DER RECHTSWISSENSCHAFT), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 564.

a interpretação de um mesmo texto jurídico será substancialmente diferente se alteradas as bases históricas sob as quais a primeira interpretação repousava⁹.

Em razão da maior perenidade das constituições, foi no Direito Constitucional que a alteração de base histórica ganhou mais evidência, ainda que a natureza histórica da interpretação não seja sua exclusividade ou mesmo uma exclusividade do Direito. A teoria das mutações constitucionais, que é admitida de maneira ampla, demonstra como o mesmo texto constitucional pode ter seu significado alterado substancialmente. A depender do caso, é possível que a modificação seja tanta que uma conduta permitida passe a ser proibida e vice-versa¹⁰.

Tais críticas têm em comum a natureza aberta dos textos legais, que precisam da atuação do intérprete para que lhes dê concretude, ponto que será objeto de análise mais detida no próximo tópico, o que faz com que a interpretação – e a integração para aqueles que a consideram uma categoria autônoma – construa algo que vai além do sentido tradicional do dispositivo legal. Tal argumento inviabiliza a premissa segundo a qual o que não está abarcado pela lei está dentro da zona permissiva da liberdade.

Noutro giro, a ausência de espaço vazio de Direito tem como pressuposto, nem sempre expressamente declarado, a concepção de uma racional e voluntária regulação integral da vida pelo legislador, o dogma da completude¹¹, que conscientemente determina os fatos da vida que serão objeto de incidência normativa e os que, via de consequência, não estarão dentro desta. Neste desiderato, tal dogma, quando regula as consequências de uma conduta, está voluntariamente regulando também todas as outras condutas que não se encaixam em tal regulamentação, que se submeteriam, portanto, à norma geral exclusiva.

As mesmas críticas elencadas anteriormente também se aplicam a este argumento. Com efeito, a natureza carecedora de concretização dos textos legais faz que seja inviável preestabelecer todas as condutas abarcadas pelo ato normativo e as que, no campo de incidência da norma geral exclusiva, não estão. Como dito, a necessidade de interpretação

⁹ O ponto será objeto de maior desenvolvimento no tópico seguinte.

¹⁰ Sobre o conceito de mutação constitucional, cf. Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución*, tradução de Alfredo Gallego Anabitarte (título original VERFASSUNGSLEHRE), Barcelona, Ariel, 1979, p. 165; ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, tradução de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, p. 181 e ss.

¹¹ Para uma perspectiva geral sobre o tema da completude, cf. MARIA HELENA DINIZ, *As lacunas...*, p. 29 e ss.

e sua natureza histórica podem alterar substancialmente a configuração do que estaria normatizado e o que não.

A ideia de que o Direito não tem espaços vazios, porque invariavelmente o fato está dentro da norma ou dentro da norma geral exclusiva, padece do problema de que é inviável afirmar estaticamente quais os fatos estão na norma e, por consequência, quais estão na sua não regulamentação e, por isso, também dentro do espaço jurídico. A rigor, com o mesmo texto legal, é possível que a mesma conduta que se encontrava abrangida pela norma geral exclusiva passe a ser objeto de incidência normativa, fruto, por exemplo, de uma mutação constitucional.

Se com a idêntica base legal um caso pode transitar entrando ou saindo da norma geral exclusiva, é impossível afirmar de antemão quais hipóteses estão abarcadas pela norma geral exclusiva.

A impossibilidade de precisar quais condutas estão envolvidas pela norma ou pela norma geral exclusiva, fruto da natural abertura das normas jurídicas, carecedoras que são de concretização, desconstrói a lógica binária pela qual seria possível estipular as condutas enquadradas na norma ou na norma geral exclusiva e, portanto, afasta o pressuposto que levava à conclusão da incidência absoluta do Direito.

Ainda, mesmo a pretensa lógica binária dessa teoria é criticável, uma vez que soluções intermediárias podem e frequentemente existem. Por exemplo, o acordo de vontades qualificado como contrato não necessariamente funciona na lógica binária de que o contrato só pode ser válido ou inválido, pois é possível que um contrato que contenha algum vício possa produzir certos efeitos¹².

No mesmo sentido, os atos da Administração não funcionam binariamente como legais e aptos a produzir efeitos, ou ilegais e inaptos à produção de efeitos; existe um sem-número de variações possíveis de soluções, a depender do caso, que perpassam pela correção de simples irregularidades até a possibilidade de produção de efeitos de atos

¹² O exemplo foi retirado de RONALD MYLES DWORKIN, *No Right Answer*, in: *Law, Morality and Society, Essays in Honor of HLA Hart*, P.M.S. Hacker e J. Raz (Orgs.), Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 62. Nas fls. 61 e ss., o autor combate a pretensão binária da lógica positivista.

nulos¹³, demonstrando como a lógica binária da norma ou norma geral exclusiva não é adequada.

Como já afirmado, a negação da existência do espaço jurídico vazio tem como premissa a concepção de que a racionalidade humana pode antever (todos) os fatos da vida que precisam ser regulados, o que é, normalmente, levado a cabo pela edição de leis e outros atos normativos.

No entanto, parece ser evidente que tal pretensão é inatingível, uma vez que a capacidade racional humana não é suficiente para prever todos os problemas que cotidianamente surgem na vida. A própria necessidade de integração de lacunas demonstra tal incapacidade.

No mesmo sentido, via de regra, o Parlamento não é capaz de acompanhar tempestivamente as mudanças da sociedade, promovendo constantes alterações legislativas, o que acaba por deixar sem a pretensa regulação racional novos comportamentos.

A intenção de um Parlamento racional que regula tempestivamente os fatos da vida é utópico. Mesmo se uma dada nação tivesse um Parlamento perfeito, capaz de racionalmente discutir e aprovar leis sobre todos os fatos relevantes da vida, esta é por demais inventiva e dinâmica para permitir a antevisão de todos os possíveis problemas dela decorrentes.

Afastada a concepção que nega o espaço jurídico vazio, pode-se concluir que o Direito tem seu próprio campo de incidência, que é restrito aos limites que a própria intencionalidade normativa delimita caso a caso. A limitação do Direito é, assim, fruto de sua vocação para regular apenas os fatos que possuem relevância jurídica, deixando os demais fora de sua área de incidência. Em outros termos, o Direito regula sua própria abrangência¹⁴.

Não há, por exemplo, qualquer relevância jurídica em cumprimentar (ou não) outra pessoa; esse é um fato que ordinariamente o Direito não regula, o que não significa, contudo, que não possuem relevância para distintos sistemas tais como o religioso, o ético,

¹³ Tratando da “projeção temporal da conformação inválida”, cf. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, v. I, Coimbra, Almedina, 2014, p. 555 e ss.

¹⁴ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...*, p. 213.

o dos padrões de convivência/comportamento, entre tantos outros que regem diversos fatos da vida¹⁵.

Verifica-se, portanto, que a distinção entre o espaço vazio de Direito e o Direito é relevante para o tema, porque as lacunas, como se verá a seguir, situam-se dentro do campo do Direito, afastando-se, assim, do conceito de espaço vazio de Direito.

2.2 – Conceito de lacunas na Teoria do Direito

O conceito de lacunas é umbilicalmente ligado à perspectiva que se tem sobre a teoria normativa, o que, por sua vez, varia de acordo com as premissas filosóficas adotadas por cada autor. Assim, para demonstrar as bases sobre as quais o conceito de lacunas que será adotado repousa, é necessário abordar, com as limitações inerentes ao presente estudo, as premissas filosóficas e de Teoria do Direito importantes para sua construção.

Considerando que o Positivismo e o Pós-positivismo são as correntes filosóficas largamente adotadas, será analisado, de forma ampla, como ambas abordam o conceito de lacunas em Direito com a ressalva de que, em cada corrente filosófica, existem inúmeras teorias internas, o que acaba por gerar outras tantas variações no conceito. Diante das limitações desta investigação, as divergências dentro da mesma família filosófica não serão abordadas, salvo, pontualmente, quando se mostrem necessárias.

2.2.1 – Lacunas e o Positivismo Jurídico

Conceituar o Positivismo jurídico, em especial diante da existência de diversas correntes que adotam premissas distintas, é tarefa que desbordaria dos limites propostos nesta investigação, mas, ao que interessa para o desenvolvimento do trabalho, pode-se afirmar que um traço central que perpassa de forma ampla suas distintas concepções é a centralidade do Direito positivo, excluindo do Direito fatores externos à juridicidade

¹⁵ Cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito...*, p. 526.

positivada¹⁶⁻¹⁷⁻¹⁸. Dois traços do Positivismo são, portanto, a centralidade normativa do Direito positivo e, como decorrência de sua inserção na lógica de validade formal dos atos normativos, a competência da autoridade para a criação de tais normas¹⁹.

Ainda que a figura do Parlamento e das leis dele decorrentes tenha sido o exemplo maior desta construção, a concepção de autoridade não é necessariamente ligada ao Parlamento. Na *common law*, por exemplo, o papel da autoridade é desempenhado pela sociedade, fonte de costumes, e pelos tribunais, que emanam precedentes com força vinculante²⁰.

O segundo traço distintivo é de cariz formal. Como a autoridade precisa deter competência para emanar o ato normativo e diante da pluralidade de autoridades competentes dentro de um mesmo ordenamento jurídico, é preciso que os atos normativos se encaixem formalmente dentro da competência que detém a autoridade. O ordenamento funciona, assim, com competências hierarquizadas, de modo que a autoridade inferior extrai sua competência da superior.

A figura da pirâmide é uma boa e tradicional ilustração de como o sistema funciona na lógica da validade normativa formal, em que os atos superiores delimitam as competências inferiores²¹. No ápice da pirâmide, funciona a norma fundamental, pressuposta por natureza, e que delimita as competências primárias que permitirão a construção de todo o sistema piramidal até a sua base²².

¹⁶ Para Kelsen, a exclusão de fatores externos ao Direito é o ponto central da pureza de sua Teoria Pura do Direito. Cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado (título original REINE RECHTSLEHRE, 1960), 6. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 1.

¹⁷ Sumarizando “os pontos fundamentais da doutrina positivista”, cf. NORBERTO BOBBIO, *O Positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*, tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995, p. 131-134.

¹⁸ A afirmação deve ser recebida com a ressalva de que se propõe a iniciar o tema, sendo certo que sobre diversos aspectos a assertiva pode ser objeto de críticas. A própria não positividade da norma fundamental de Kelsen ou o debate envolvendo a teoria sobre fontes do Direito demonstram isso (v. Capítulo 3, da Parte I).

¹⁹ Cf. NORBERTO BOBBIO, *O Positivismo jurídico...*, p. 135.

²⁰ Cf. HANS KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado*, tradução de Luís Carlos Borges (título original GENERAL THEORY OF LAW AND STATE, 1961), São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 48-49.

²¹ Tratando da “estrutura escalonada da ordem jurídica”, cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito...*, p. 155 e ss.

²² Partindo da premissa da pirâmide normativa, a norma fundamental, a norma primeira que confere validade para todas as demais normas que estão abaixo, não tem como ser, evidentemente, uma

Como dito, existem inúmeras correntes internas ao Positivismo que debatem temas centrais da construção filosófica. Ao que interessa esta investigação, é possível separar duas correntes positivistas: uma extrema (ou legalista/formalista) e outra mais moderada.

A corrente extrema é essencialmente formalista. De acordo com tal modo de compreender o Direito, a ciência jurídica só pode atuar dentro do campo da lógica formal, em que o intérprete pode, com segurança, afirmar de modo abstrato as possíveis incidências da norma, formando o quadro normativo²³. Como a correção da aplicação da norma ao caso concreto não pode ser afirmada logicamente, uma vez que inúmeras são as possibilidades interpretativas da norma diante de um caso, tal tarefa está fora da interpretação científica.

Neste sentido, Kelsen, principal expoente dessa concepção, separa o Direito em dois: um objeto da Ciência do Direito e outro da Política do Direito. A ciência é exercida pelos intérpretes, que constroem o quadro normativo, as possibilidades abstratas de incidência da norma²⁴. A política do Direito é exercida por quem detém a competência para aplicar a norma ao caso; aqueles que escolhem, entre as inúmeras soluções possíveis, a que será aplicada ao caso²⁵. A aplicação da norma não é, assim, objeto da Ciência do Direito, mas da política do Direito.

Como essa doutrina é limitativa do papel do jurista, desconsidera a existência de lacunas na Ciência do Direito, porque o papel de criação normativa abstrata é da autoridade competente, em regra o Parlamento, ou porque a ausência em concreto de uma norma que deveria existir para regular determinado caso não é função da Ciência do Direito, e sim de seus aplicadores, que o exercem como política jurídica²⁶.

norma positiva, porque suscitaria o problema de ainda necessitar de uma norma anterior que lhe desse validade, levando o problema ao infinito. A solução final adotada por Kelsen foi a de considerar a norma fundamental “meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado”. Cf. HANS KELSEN, *Teoria geral das normas*, tradução de José Florentino Duarte (título original ALLGEMEINE THEORIE DER NORMEN, 1979), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 328.

²³ Cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito...*, p. 247.

²⁴ Cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito...*, p. 250.

²⁵ Cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito...*, p. 251.

²⁶ É bom que reste claro que Kelsen reconhece a existência de lacunas. O que o autor não aceita é sua inclusão no campo da Ciência do Direito, uma vez que sua colmatação se insere na aplicação concreta do Direito. O autor afirma que “o preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo e esta

Avançando na teoria positivista para uma doutrina mais moderada, a exclusão da aplicação em concreto da norma como parte da Ciência do Direito foi considerada excessivamente restritiva, especialmente porque afastou da ciência parte crucial do cotidiano jurídico: a aplicação da norma ao caso concreto. Para os que comungam desta visão, fazem parte do Direito tanto a interpretação – que é feita com a norma em abstrato – quanto a aplicação – que é o encaixe da norma interpretada em abstrato no caso²⁷. Como consequência desta ampliação do âmbito da ciência jurídica, as lacunas passaram a ser reconhecidas como um de seus objetos.

Dentro do grupo dos autores positivistas que admitem as lacunas, existem ainda duas grandes vertentes: a subjetivista e a objetivista²⁸. Para os subjetivistas, só é possível reconhecer as lacunas quando puder ser inferido que a ausência da norma decorre de uma vontade que não foi perfeitamente externalizada pelo Parlamento.

Ou seja, em que pese que a vontade fosse a de efetivamente exaurir a matéria, a norma editada acabou sendo incompleta contra a vontade íntima do legislador. A ausência da norma se configuraria como um lapso do Parlamento ao editar a lei, uma vez que, se tivesse atentado para a falha no ato normativo, teria feito a regulamentação de forma completa.

Com esta delimitação, as lacunas aceitas são aquelas em que normalmente a lei tem um início de regulamentação que, entretanto, não é completa, o que impede seu funcionamento adequado. Para os defensores dessa tese, o início de regulamentação deixa claro que a vontade do legislador é a de que a lacuna seja reconhecida e sanada para que a regulamentação possa produzir efeitos.

A ideia levada a cabo por essa teoria é a de que na ponderação entre a não produção de efeitos da norma incompleta e o reconhecimento da lacuna pelo aplicador, o respeito ao

função não é realizada pela via da interpretação do Direito vigente”. Cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito*..., p. 250.

²⁷ Cf. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 316-319.

²⁸ Para uma visão ampla das teorias subjetivista e objetivista de interpretação, cf. KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, tradução de João Baptista Machado (título original EINFÜHRUNG IN DAS JURISTISCHE DENKEN, 1983), 8. ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 170 e ss.; PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 15. ed., São Paulo, Malheiros, p. 452-456; NORBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*..., p. 144-145.

legislador é atingido quando se busca completar a norma falha por meio da busca de sua vontade oculta.

Tal tese, como se verifica, tem como pretensão ser deferente à vontade do legislador. Com efeito, a concepção de que nas hipóteses admitidas as lacunas podem ser resolvidas porque esta é a vontade do legislador, que não foi exteriorizada na norma por um lapso, fato que contraria sua vontade oculta, demonstra seu forte cariz subjetivista²⁹.

Para essa teoria, não é admissível a aplicação da norma em situação distinta daquela para a qual foi prevista. A proibição decorre da necessidade de respeitar a competência do Parlamento para a criação de atos normativos. Neste cenário, a tarefa do jurista é a de buscar a vontade do legislador, que deve ser respeitada sob pena de ser ferida sua autoridade/competência³⁰.

Tal concepção é criticada pelos que advogam em favor da teoria objetivista. Segundo seus defensores, a lei deve ser interpretada respeitando apenas critérios hermenêuticos, e não a pretensa vontade do legislador. A crítica começa exatamente na dificuldade, ou mesmo impossibilidade, em se determinar qual é a vontade do legislador.

Mesmo quando o Parlamento regula determinada conduta, é extremamente complexo extrair o motivo pelo qual foi editado o ato normativo³¹. De forma sucinta, a natureza plural desses órgãos – o que faz com que os membros tenham vontades distintas –, a ausência de necessária declaração de vontade quando da aprovação dos atos normativos e a possível ausência de correlação entre a vontade manifestada em abstrato e a que seria aplicada ao caso concreto são algumas entre tantas dificuldades que acabam por impedir de se afirmar qual é, de fato, a vontade expressa pelo Parlamento³².

Para além da dificuldade de se extrair a vontade do Parlamento, inúmeras outras questões são relevantes na aplicação da norma, mesmo contrariando uma pretensa vontade

²⁹ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...*, p. 253-254.

³⁰ A interpretação subjetivista tinha tradicionalmente um fundamento democrático; contudo, leituras mais modernas a têm ligado à autoridade (moral e técnica) da intenção do legislador. Neste sentido, cf. ANDREI MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, 2005, p. 134 e ss.

³¹ Sobre as dificuldades em se chegar à vontade dos autores da lei, cf. RONALD DWORKIN, *O império do Direito*, tradução de Jefferson Luiz Camargo (título original LAW'S EMPIRE), São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 383.

³² Em sentido semelhante, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e SOFIA GALVÃO, *Introdução ao estudo do Direito*, Lisboa, 2000, p. 65.

do legislador. De início, já há a dificuldade em compatibilizar a vontade do legislador de hoje com a do passado, o que significa dizer: se o sistema jurídico precisa de coerência interna, será necessário o afastamento do ideal de busca pela vontade do legislador para que, em prol da unidade, o intérprete possa compatibilizar as leis produzidas por diferentes legislaturas³³.

Além disso, não se poderia contraditar o ponto afirmando que as normas anteriores seriam tacitamente aceitas pelo Parlamento do presente, uma vez que não as revogou, o que faria com que ainda se estivesse dentro do campo subjetivista. Primeiro, porque essa ilação força ao extremo a concepção da busca verdadeira pela vontade do legislador. Ora, com a infinita profusão normativa, é irreal cogitar que os membros do Parlamento estão concretamente de acordo com todas as normas do passado. Muito mais crível é afirmar que, sobre grande parte das normas, o Parlamento sequer fez um juízo de valor sobre elas. No mesmo sentido, mesmo discordando de certo ato normativo, é possível que o Parlamento direcione sua energia para a alteração de leis que lhe pareçam de maior importância, visto que, como é notório, a formação de maiorias parlamentares para modificações no sistema jurídico é uma tarefa complexa.

Ainda neste sentido, a necessidade de interpretação das leis conforme a Constituição³⁴ é limitativa da pretensa vontade parlamentar, porque o poder constituinte derivado (o Parlamento do presente) não detém as mesmas prerrogativas do poder constituinte originário, como deixa clara a existência de cláusulas constitucionais pétreas na Constituição brasileira³⁵.

Assim, a dificuldade de se obter a vontade do Parlamento, a complexidade do ordenamento jurídico e os inusitados problemas criados pela vida cotidiana levaram a uma ampla crítica à teoria subjetivista. Contrapondo tal teoria, o modelo objetivista de interpretação é pautado na premissa de que o intérprete deve extrair do próprio ordenamento jurídico a interpretação de determinado dispositivo, afastando-se da

³³ Sobre interpretação sistemática, cf. CLAUS WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, tradução de Antônio Menezes Cordeiro (título original SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 157 e ss.

³⁴ Cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 517-524.

³⁵ Tratando dos limites materiais à reforma da Constituição, cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 200-202.

concepção de que a interpretação tem como tarefa exclusivamente obter a vontade do legislador³⁶.

Na perspectiva objetivista, depois de promulgada a lei, esta abstrai de seu autor e passa a gozar de autônoma e objetiva existência, de modo que as expectativas daqueles que a produziram deixam de ter qualquer tipo de vinculação interpretativa³⁷.

Com efeito, liberadas as amarras voluntaristas, a interpretação de feição objetivista não tem uma regra fixa de hermenêutica a seguir, uma vez que são diversos os elementos de interpretação potencialmente utilizáveis. Pode-se dizer que, hoje, diversos elementos são comumente aceitos como pertencentes à interpretação jurídica, sendo lugar-comum falar de elementos gramaticais, históricos, sistemáticos, teleológicos e de conformidade constitucional³⁸.

No mesmo sentido, a concepção das lacunas também se alterou do paradigma subjetivista para o objetivista; isto é, a verificação da existência de lacunas se afastou do ideal de vontade oculta do legislador para se transformar no que o jurista obtém diretamente da compreensão do ordenamento jurídico.

Em outros termos, a existência de lacunas deixou de ter como fundamento a vontade oculta do legislador e passou a ser fruto da necessidade de regramento que o próprio ordenamento jurídico objetivamente solicita.

E, neste mister, o jurista é pautado, de forma ampla, por uma concepção de justiça e, de forma específica, pelo princípio da isonomia. Ainda que existam outras razões para se afirmar a existência de uma lacuna, é o imperativo de tratamento igualitário o fundamento comum para o reconhecimento da existência de lacunas³⁹.

Ou seja, é o princípio da isonomia que norteia se um determinado caso sem normatização específica deve se submeter à regra de outro axiologicamente semelhante.

Como se verifica, as lacunas nos moldes da teoria objetivista surgem da ausência normativa tendo como parâmetro o próprio ordenamento jurídico, que baliza sua

³⁶ Cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito...*, p. 445-450.

³⁷ Cf. KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico...*, p. 172.

³⁸ Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao estudo do Direito*, v. I, Coimbra Editora, 2001, p. 245 e ss.

³⁹ Cf. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *O caleidoscópio do Direito...*, p. 581.

autocorreção. O sistema é, assim, dotado de uma forma interna de retificação de suas próprias deficiências.

Pode-se dizer, concluindo este tópico, que o Positivismo reconhece a existência de lacunas. Para além de toda a discussão já suscitada, a existência de lacunas é ainda reforçada pelo fato de o próprio ordenamento jurídico conter normas relativas às lacunas, o que demonstra seu reconhecimento pelo Direito positivo vigente⁴⁰. Tais normas são encontradas em diversos ordenamentos jurídicos e se materializam, por exemplo, nas que impedem o *non liquet*⁴¹ e nas que estipulam os modos de solução de lacunas, como as normas de integração⁴².

Decorre ainda da positivação dos métodos de solução de lacunas a concepção de que estas são meramente aparentes, porque, se o próprio sistema prevê sua solução, não haveria verdadeira lacuna, no sentido de ausência normativa, mas sim uma norma que prevê de que forma as lacunas devem ser solucionadas⁴³. Isto é, a existência de normas positivas de integração de lacunas demonstraria que apenas aparentemente não há uma norma regendo a hipótese, uma vez que a incidência das normas de colmatação das lacunas demonstra a existência de norma para solucionar o caso.

Como não é possível construir um conceito de lacunas que abarque as diversas teorias positivistas, pode-se dizer, adotando a perspectiva de um Positivismo moderado, e que potencialmente abrange a maior parte da doutrina, que lacuna é a ausência de norma jurídica que, no entanto, deveria existir para regular a matéria⁴⁴.

2.2.2 – Lacunas e o Pós-positivismo

⁴⁰ Tem-se aqui a demonstração da pretensão racional positivista de regular todo o sistema, inclusive a própria ausência normativa, por meio de regras que determinam o modo de solução das lacunas, o que Bobbio chamou de “dogma da completude”. Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico...*, p. 119-122.

⁴¹ V. art. 8º, nº 1, do CC português e artigo 140 do CPC brasileiro.

⁴² V. art. 10º do CC português e artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

⁴³ Neste sentido, cf. HANS KELSEN, *Teoria geral do Direito e do Estado...*, p. 212 e ss.

⁴⁴ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e SOFIA GALVÃO, *Introdução...*, p. 77; cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico...*, p. 115.

A partir de meados do século XX, começaram surgir críticas ao modo pelo qual o Positivismo compreendia o Direito. Para o que interessa neste tópico, analisar-se-á o flanco de ataque à teoria normativa positivista. Dois pontos são centrais na compreensão de como o Pós-positivismo pretendeu superar a teoria normativa positivista: (i) a crítica da exclusão do caso a ser solucionado como parte central da realização do Direito e (ii) a necessidade de separação entre texto e norma jurídica.

O Positivismo, calcado na pretensão lógico-racional, concebe o Direito em abstrato, de modo que compete ao jurista extrair a norma que existe no Direito positivo, que depois será aplicada ao caso. Aqui se verificam dois traços típicos do Positivismo: a distinção entre interpretação e aplicação; e a subsunção do caso à norma⁴⁵.

Como para o Positivismo o jurista interpreta as leis em abstrato para obter a norma, todo o processo posterior é de aplicação dessa norma ao caso. É o caso que deve (ou não) se encaixar na norma; a norma funciona como um dado prévio que condiciona a etapa posterior de aplicação. Já na aplicação, o que se faz é verificar se o caso se encaixa ou não na norma extraída em abstrato, sendo a subsunção – o encaixe do caso na norma – o método típico de aplicação da norma⁴⁶.

Invertendo este paradigma, a teoria Pós-positivista trouxe o caso, o problema jurídico (real ou fictício) a ser resolvido, para o centro da problemática jurídica. Um ponto inicial de inflexão foi a Teoria Tópica de Theodor Viehweg, que, inspirada na perspectiva aristotélica, parte do problema a ser resolvido para buscar as possíveis soluções.

A Teoria Tópica defende a orientação para o problema a partir do qual serão levantados os *topoi*, que são os elementos, as razões que podem levar à solução do problema colocado⁴⁷. O problema é o ponto de partida e o(s) sistema(s) é(são) a fonte das possíveis soluções. A solução é, assim, requisitada do problema para o sistema.

A Teoria Tópica é de base dialética, uma vez que é do embate entre os inúmeros argumentos para a solução do problema que se extrairá aquele hábil a resolver o caso. Do

⁴⁵ Reitera-se a ressalva de que, para a teoria formalista de Kelsen, a aplicação em concreto da norma já não se enquadra mais dentro da Ciência do Direito, mas como política do Direito. Cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito...*, p. 250-251.

⁴⁶ Sobre o ponto, cf. KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico...*, p. 75 e ss.

⁴⁷ Cf. THEODOR VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. (título original TOPIK UND RECHTSPHILOSOPHIE), Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 36 e ss.

embate entre os diversos *topoi*, sairá vencedor aquele que tiver maior força de convencimento. O sistema jurídico funciona, desta forma, como fonte das possíveis soluções para o problema, mas não é o próprio sistema que determina qual a solução adequada.

Neste sentido, a teoria Tópica de Theodor Viehweg é crítica da pretensão lógico-dedutiva do Positivismo, de acordo com a qual o sistema define os problemas solúveis, relegando os insolúveis como problema de outro sistema. Resumidamente, afirma o autor que: “a ênfase no sistema opera uma seleção de problemas”⁴⁸.

Com o problema em primeiro plano, este é quem condiciona, *prima facie*, sua resolução, pois é a partir dele que serão levantadas as possíveis soluções, permitindo, inclusive, que o caso solicite um alargamento dos limites que eram conferidos ao sistema até então. O sistema é, assim, também moldado a partir do problema a ser solucionado.

Ainda que uma aplicação “pura” da Teoria Tópica seja criticável por abstrair demasiadamente já um sentido de valor presente no ordenamento jurídico⁴⁹, o fato é que esta evidenciou como o caso é um ponto central na realização do Direito⁵⁰, o que demonstrou a necessidade de abandonar a concepção puramente abstrata do Positivismo. Enquanto no Positivismo o Direito positivo é o ponto de partida da construção normativa, que por sua vez será depois objeto de aplicação, para o Pós-positivismo a construção normativa começa com o caso, que interagirá com o sistema jurídico para que seja produzida uma solução. Há aqui um forte traço distintivo entre as teorias: uma fortemente abstrata (Positivismo), outra concreta (Pós-positivismo).

Assim é que o caso não é um dado secundário na teoria normativa; ele atua como eixo condutor influenciando a formação da norma, a qual já é formada para o caso. Com efeito, o tema das lacunas demonstra como o caso é relevante para a construção da norma, uma vez que os casos não adequadamente resolvidos pelo ordenamento positivo evidenciam como este não pode ser primariamente considerado em abstrato, sem com isso dizer, como se demonstrará à frente, que inexistia um papel normativo a ser desempenhado em abstrato, mesmo antes do caso.

⁴⁸ Cf. THEODOR VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência...*, p. 34.

⁴⁹ Neste sentido, cf. CLAUS WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 255 e ss.

⁵⁰ Sobre a aplicação da tópica em Direito Administrativo, cf. HANS J. WOLF, OTTO BACHOFF e ROLF STROBER, *Direito Administrativo*, v. 1, tradução de António F. de Sousa (título original VERWALTUNGSRECHT, V. 1), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 415.

Conectada com esta concepção, é a crítica que se dirigiu à ausência de distinção entre texto e norma⁵¹. Para o Positivismo, as normas jurídicas estão contidas nas leis (e demais fontes), de modo que o papel do jurista é o de extrair a norma já existente no Direito positivo⁵². Não é por outro motivo que o Positivismo separa a interpretação da aplicação: a primeira descobre a norma, a segunda aplica ao caso a norma preexistente.

Neste sentido, Friedrich Müller critica a perspectiva positivista que concebe a norma como algo inerente ao texto legal, em especial o Positivismo legalista, fortemente calcado na interpretação gramatical, no dogma da evidência da norma e no voluntarismo. De acordo com o autor, o texto não contém a norma, porque mesmo normas pretensamente claras só são claras em razão de uma pré-compreensão do intérprete que possibilite seu entendimento⁵³.

O enunciado normativo não contém a norma porque é preciso que o intérprete o compreenda para que possa lhe dar significado. A pretensão positivista de que há um sentido que é dado ao texto como algo inexorável não se sustenta. As palavras e expressões presentes nos enunciados normativos não possuem um intrínseco significado que dispensam qualquer participação relevante do intérprete; ao contrário, só depois da interpretação, leia-se da atribuição de algum sentido ao texto, é que se pode suscitar a existência de uma norma.

Com efeito, o texto sempre solicitará que alguém lhe atribua algum sentido, de modo que o problema metodológico que se coloca não é o de extrair o sentido inerente do texto, mas o de atribuir um significado que seja juridicamente adequado. Neste ponto, há que se reconhecer que o intérprete não vive isolado, sem passado ou perspectiva de futuro, mas que vive num contexto sócio-histórico em que os sentidos possíveis do texto são aqueles construídos por uma determinada comunidade em determinado tempo. Ou seja, a interpretação parte de conceitos construídos num contínuo processo histórico que no tempo transmite os sentidos possíveis de determinado texto.

⁵¹ Cf. LENIO LUIZ STRECK, *Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo*, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 46, n. 1 (2005), passim, especialmente p. 66-67.

⁵² Sobre a função declarativa da interpretação, cf. NORBERTO BOBBIO, *O Positivismo jurídico...*, p. 211.

⁵³ Cf. FRIEDRICH MÜLLER, *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, tradução de Peter Naumann, Renovar, 2005, p. 38 e ss.

Esta intrínseca característica da realidade histórica humana faz com que, inexoravelmente, os sentidos variem de acordo com o momento histórico em que se situa⁵⁴. O significado de determinado dispositivo normativo é, assim, sempre refém da realidade histórica daqueles que o interpretam, de modo que sua compreensão não é imutável, porque a interpretação sempre estará sujeita às condições históricas que a permeiam⁵⁵.

Desta forma, não há um sentido inexorável e constante do texto, que impeça sua modificação ou expansão de sentido, tal como defende a Teoria da Tipicidade Fechada⁵⁶. Como o texto é aberto às condições históricas, mudando as premissas históricas é possível que haja alteração do significado que lhe é atribuído, evidenciando como a tipicidade é naturalmente aberta, no sentido de sempre carecer de um significado que lhe seja atribuído. A natural evolução histórica impele, assim, a uma constante releitura do texto para que o Direito não deixe de ser Direito, isto é, fique refém de conceitos do passado, que não representam a própria comunidade que o funda⁵⁷.

Assim, a norma é fruto da interpretação levada a cabo pelo jurista, que se vale de outros meios para sua concretização, e não exclusivamente do texto legal⁵⁸. O enunciando normativo deixa de ser o local onde se encontra a norma para ser um dos pontos considerados na interpretação, o que não significa, por outro lado, a absoluta e caótica possibilidade de atribuição de qualquer sentido ao texto. Afirmar que o texto não possui um sentido inato significa apenas que seu conteúdo depende do sentido que lhe pode ser atribuído em um determinado momento histórico, e não que são legítimos conteúdos sobre os quais inexista um mínimo de consenso.

⁵⁴ Em razão de sua longevidade a interpretação da constituição dos Estados Unidos da América é um bom exemplo de como a alteração do contexto histórico modifica seu sentido normativo sem alteração do texto. Sobre o ponto cf. BRUCE ACKERMAN, *The living constitution*, Harvard Law Review, v. 120, n. 7, maio de 2007, p. 1793 e ss. Tamanha é a relevância do contexto histórico que o autor afirma que as pessoas são mais importantes que os tribunais no desenvolvimento da constituição e cita Franklin Roosevelt e Martin Luther King Jr. Como indivíduos que fizeram uma grande contribuição constitucional, p. 1804.

⁵⁵ Neste sentido, Gadamer afirma que a hermenêutica jurídica funciona numa “relação entre passado e presente” e que o “juiz procura corresponder à ‘idéia jurídica’ da lei, intermediando-a com o presente”. Cf. HANS-GEORG GADAMER, *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, tradução de Flávio Paulo Meurer (título original WAHRHEIT UND METHODE), Petrópolis, Vozes, 1999, p. 487.

⁵⁶ Cf. ALBERTO PINHEIRO XAVIER, *Conceito e natureza do lançamento tributário*, São Paulo, Juriscredi, [s.d.], p. 330.

⁵⁷ Cf. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de introdução ao Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 177.

⁵⁸ Cf. FRIEDRICH MÜLLER, *Métodos...*, p. 39.

A interpretação só será juridicamente adequada se refletir a comunidade em que se insere, porque a verdadeira índole democrática não está na representação de uma pretensa vontade do legislador, mas no respeito à comunidade política em que se insere o texto. Desta forma, a interpretação tem de ser feita levando em conta a bagagem histórica da comunidade para que seja democrática⁵⁹.

Com efeito, o texto, leia-se o sentido que lhe pode ser razoavelmente atribuído em dado momento, precisa ser levado a sério pelo intérprete para que a interpretação não seja autoritária. A desconsideração da comunidade a que se refere o texto leva a uma interpretação que é feita exclusivamente por convicções pessoais, que é, portanto, voluntarista. Sem a devida referência ao sistema jurídico, a interpretação é arbitrária e, desta forma, não pode ser tida como juridicamente adequada⁶⁰.

Ainda, a atribuição de sentido ao texto para fins de construção da norma do caso não precisa considerar necessariamente seu elemento gramatical; quer dizer, o sentido a ser atribuído ao texto pode ser diverso daquele que se encontra numa leitura fria das palavras do enunciado, porque a interpretação pode ser feita considerando outros fatores. Em especial em razão de a intencionalidade normativa ser construída principalmente em uma perspectiva axiológica, em que mais importante do que o sentido gramatical do texto são os valores nele contidos⁶¹. O legítimo respeito ao texto não está no apego formal ao seu sentido literal, mas verdadeiramente às ideias que este transpassa. Assim, a real normatividade vinculante está nas ideias contidas no texto, e não nas palavras que o compõem.

Assim, a distinção entre texto e norma deve considerar que o texto tem o sentido que o contexto histórico lhe apresenta, sem que tenha de levar em conta necessariamente o

⁵⁹ A construção de Dworkin de interpretação como integridade dialoga, em certa medida, com esta ideia, porque reconhece a natureza viva da interpretação (p. 416), que não deve ficar necessariamente amarrada à pretensa vontade dos autores da lei, e também reconhece a comunidade como a associação de princípios que orientam a interpretação. Assim, afirma que “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. Cf. RONALD DWORKIN, *O império do Direito...*, p. 272.

⁶⁰ Neste sentido, é que Lenio Streck afirma que “o julgador deve estruturar sua interpretação... de acordo com o sentido de direito projetado pela comunidade política”. Cf. LENIO LUIZ STRECK, *O que é isso – decido conforme minha consciência?*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 106.

⁶¹ Cf. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, p. 914 e ss.

significado gramatical das palavras, que outros elementos podem incidir para levar a atribuição de sentido para além do contido nas palavras do dispositivo e que o caso é um dado fundamental neste processo, porque efetivamente dialoga com o sistema para induzir a concretização da norma.

Entretanto, a ausência de um sentido intrínseco ao texto e a natureza concreta da produção normativa não significa que o intérprete já não tenha uma pré-compreensão normativa⁶². No momento inicial da interpretação, mesmo em abstrato, o intérprete está imbuído de um legado histórico passado pela comunidade que lhe permite iniciar a compreensão do texto.

Desta forma, a pré-compreensão é um passo necessário da interpretação, porque o intérprete tem de ter um ponto de partida; ele não se coloca num momento inicial com zero conhecimento. Contudo, este momento é inicial, e não definitivo; ele não limita completamente os sentidos possíveis de determinado texto, porque é apenas uma condição de partida da interpretação que, como tratada anteriormente, é construída a partir do problema e de sua interação com o sistema dentro do contexto histórico em que se situam. Em outros termos, a pré-compreensão do enunciado não determina de forma inequívoca as possibilidades normativas, pois funciona apenas como ponto de partida para obtenção da norma⁶³.

Em suma, seja em abstrato ou diante de um caso concreto, o intérprete parte de uma prévia concepção normativa, que pode ser alterada para formar a definitiva expressão normativa, sem que esta, todavia, seja limitada por aquela⁶⁴.

Assim, há uma necessária distinção entre texto e norma, entre projeto de norma e norma do caso o que, aliado à natureza histórico-problemática do Direito, permite

⁶² Com efeito, Gadamer afirma que “é precisamente o que temos em comum com a tradição com a qual nos relacionamos que determina as nossas antecipações e orienta nossa compreensão”, isto é, que a interpretação tem como ponto de partida as pré-compreensões que temos, sem, contudo, ter de se limitar a elas. Cf. HANS-GEORG GADAMER, *O problema da consciência histórica*, tradução de Paulo Cesar Duque Estrada (título original LE PROBLÈME DE LA CONSCIENCE HISTORIQUE), Rio de Janeiro, Editora FGV, 2003, p. 59.

⁶³ Cf. FRANCISCO MANUEL FONSECA DE AGUILAR, *Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade*, Lisboa Editora AADFL, 2014, p. 69-73.

⁶⁴ Cf. LENIO LUIZ STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999, p. 189.

conceituar norma como o fruto da interpretação obtida pela historicamente considerada inter-relação entre o caso e o sistema jurídico⁶⁵.

A natureza concreta da norma do caso afasta por completo o paradigma positivista de lacuna, porque, diante da inexistência de uma rígida distinção entre interpretação e aplicação, que é típica do Positivismo, é inviável conceber a lacuna como ausência de norma que deveria existir para regular determinado caso. A norma como produto final da interpretação já regula o caso, de modo que não há aqui uma lacuna⁶⁶.

No entanto, ainda que a construção positivista de lacuna não seja adequada, é um fato que existem problemas jurídicos que evidenciam a insuficiência do Direito que se tinha até então e que solicitam uma nova abordagem de sentido, o que demonstra como o Direito não se limita ao já constituído, mas também comporta o que ainda está por constituir e contém tanto o projeto tradicional da norma quanto um projeto de um novo projeto de norma. O Direito não é, assim, um mero objeto de estudo estático, mas um projeto em constante desenvolvimento⁶⁷.

Como já afirmado, não é porque a norma só ganhe vida diante de um caso que inexistam qualquer perspectiva abstrata a ser considerada. Ao contrário, diante do sistema são feitas antevisões normativas, previsões de possíveis normas que são extraíveis deste, bem como existem interpretações que tradicionalmente são feitas de um determinado enunciado normativo. Em ambos os casos, o que se tem é a construção de uma previsão que pode ou não se concretizar. Assim, é possível dizer que estas hipóteses – a antevisão normativa – gerem a fotografia do que é o Direito em determinado momento.

Contudo, em qualquer das hipóteses, é possível que um novo caso demonstre tanto a insuficiência da antevisão normativa que se tinha quanto das interpretações que rotineiramente eram dadas a determinado dispositivo. Os meios que levam a esta demonstração de insuficiência serão objeto de posterior investigação no capítulo 1 da parte II. Por ora, basta a noção de que é possível que a relação de um caso com o sistema

⁶⁵ Cf., ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação jurídica*, in Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, v. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 370 e ss.

⁶⁶ Neste sentido, negando a existência de lacunas, cf. FRANCISCO AGUILAR, *A norma do caso como norma no caso: sobre a prático-axiológica natureza intersubjetiva realização (unitária) do Direito*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 183.

⁶⁷ Cf. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, p. 177.

indique que a leitura que se tinha deste sistema era inadequada, porque não conferia uma solução condizente com premissas de valor básicas do próprio sistema jurídico, como a coerência que lhe é ínsita e a necessidade de tratamento igualitário de hipóteses semelhantes.

Este cenário revela a necessidade de interpretação que readéque o sentido que era imputado a determinado enunciado legal. Assim, uma nova foto surge em substituição da anterior. A soma dessas fotos forma o filme do Direito, que, todavia, não é apenas uma cinemateca, porque já contém o roteiro das próximas tomadas.

Nesta perspectiva, as lacunas se situam no momento inicial da interpretação em que há apenas um projeto normativo diante da concepção tradicional do texto, o que permite, nas palavras de Castanheira Neves, que sejam conceituadas como a *“insuficiência do direito positivo constituído para dar resposta às exigências da realização concreta da juridicidade”*⁶⁸. Essa será o conceito adotado ao longo de toda a investigação.

As possibilidade e limites envolvendo as lacunas em Direito Administrativo serão objeto de análise durante toda a dissertação, mas para delimitação desta noção inicial é importante deixar claros dois aspectos do conceito e que se conectam com o que se disse até este momento.

O primeiro é que o Direito não é um produto acabado, estático. Ao contrário, o sistema jurídico positivo, entendido como o significado atribuído à normatividade vinculante vigente, é um projeto em constante construção e reconstrução, influenciado que é pelo problema jurídico historicamente considerado. O fenômeno das lacunas não é, desta forma, um defeito, mas o natural modo de atualização do Direito, o que lhe confere a capacidade de, sendo o mesmo, ser sempre novo⁶⁹.

Essa pílula do rejuvenescimento jurídico é uma necessidade de qualquer ordenamento que se pretenda de Direito, porque o não reconhecimento das lacunas ensejariam soluções de casos de forma absolutamente injusta, violando preceitos fundamentais sobre os quais se baseia a ordem jurídica, como o do tratamento igualitário daqueles que estejam em situação similar. Neste sentido, cabe uma indagação reflexiva: se

⁶⁸ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...*, p. 213-214.

⁶⁹ Neste sentido, é que Fernando Bronze afirma que “há, pois, mais direito do que aquele que o sistema formalmente pré-escrito objectiva.”. Cf. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, p. 439.

uma constituição contivesse cláusula negando a existência de lacunas, tal cláusula seria válida? Pode o Direito nascer injusto?

A resposta às duas perguntas há de ser negativa. O tema será objeto de desenvolvimento no capítulo 3 da parte I, mas já se pode adiantar o resultado: o Direito já nasce com um sentido mínimo de valor que impede sua fundação sob bases absolutamente injustas como a do cenário hipotético montado, de modo que todo ordenamento jurídico tem naturalmente lacunas. As indagações deixam claro como as lacunas são um ponto central da teoria normativa e sua natureza fraturante para a teoria positivista.

O segundo aspecto do conceito é o de que as lacunas funcionam dentro da juridicidade, ou seja, são ainda a manifestação da intenção normativa diante de uma necessária realização do Direito, o que conceitualmente afasta as lacunas das fontes do Direito – as primeiras trabalham dentro do sistema, as segunda alimentam o sistema jurídico – e do problema democrático que naturalmente o fenômeno das lacunas suscita⁷⁰.

Neste sentido, o conceito de lacunas não se confunde com o de omissão normativa em termos estritos: (i) porque as lacunas trabalham com os valores que já se encontram no sistema, mas que solicitam uma releitura do Direito positivo diante de um novo contexto, enquanto que a omissão normativa requer a inclusão de novos valores no sistema, o que já lhe qualifica como um problema de fontes do Direito; (ii) porque podem existir lacunas mesmo quando há uma norma que na perspectiva tradicional regularia o caso, uma vez que a insuficiência do Direito positivo pode ocorrer em razão da inadequação jurídica desta pressuposição normativa, inadequação esta, contudo, já indicada pela juridicidade diante da necessidade de uma concreta realização do Direito⁷¹.

Os dois aspectos foram suscitados de forma apenas inicial para que se possa introduzir o tema, uma vez que toda a dissertação vai se desenvolver exatamente sobre a relação do conceito de lacunas e peculiaridades próprias do Direito Administrativo.

Por fim, há que se responder qual o fundamento para o reconhecimento das lacunas, o que, entretanto, é uma decorrência natural do que se construiu para demonstrar o conceito adotado. Neste sentido, as lacunas demonstram a necessidade de modificação dos

⁷⁰ O tema será objeto de maior tratamento no tópico 4.1.

⁷¹ Tratando esta hipótese como lacuna axiológica, cf. MANUEL ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editora Trotta, 2014, p. 232.

limites que eram dados até então ao sistema jurídico e o caso a ser solucionado, como parte que é da fundamental problemática concretização jurídica, é peça central que evidencia como o Direito precisa ser desenvolvido para a sua adequada realização. Assim, a base para o reconhecimento da existência de lacunas e sua respectiva solução é a necessidade de obtenção da correta norma que regulará o caso.

Entretanto, na peculiar situação das lacunas, a obtenção do correto sentido normativo tem a barreira da insuficiência do Direito positivo, ou melhor, do sentido tradicionalmente atribuído ao Direito positivo, o que faz com que o fundamento para o reconhecimento de lacunas seja a necessidade de manutenção de coerência no ordenamento jurídico, ultrapassando sua tradicional concepção para a realização concreta da juridicidade. Em outros termos, o ordenamento jurídico seria absolutamente contraditório, o que lhe inquinaria por completo se mantivesse ao mesmo tempo uma válida leitura do Direito positivo que não resolvesse um caso na forma que a própria juridicidade intencione resolver. Para que haja coerência no ordenamento jurídico, é preciso reconhecer a necessidade de ultrapassar o sentido que se tinha sobre o Direito positivo sempre que assim a juridicidade intencione.

A concepção normativa pós-positivista acima exposta condicionará o desenvolvimento do trabalho, como se verificará no decorrer da dissertação.

2.3 – Conclusões parciais

Diante do exposto, é possível adotar as conclusões objetivas que se seguem.

O Direito não tem a capacidade, nem a pretensão, de regular todos os campos da vida. Existem áreas que não atraem a incidência do Direito, sobre as quais não há a mediação normativa jurídica. Os limites de atuação do Direito são aqueles conferidos pela própria intencionalidade jurídica.

O espaço jurídico vazio se diferencia das lacunas, pois é um local em que não há a incidência do Direito. De outro lado, as lacunas são um fenômeno jurídico, porque já dizem respeito a um peculiar modo de incidência jurídica.

O conceito normativo positivista é lastreado em uma perspectiva abstrata, segundo o qual todas as possíveis incidências da norma são verificáveis de forma definitiva em abstrato, antes mesmo de entrar em contato com o caso a ser solucionado, o que faz com que a norma indique em que casos será aplicada.

No entanto, diante da natural imperfeição do sistema jurídico, a teoria positivista admite a aplicação da norma em caso diverso da que naturalmente incidiria, seja porque tanto é a manifestação da vontade oculta do legislador, seja em razão de ser o que se extrai objetivamente da leitura do sistema jurídico.

A lacuna na perspectiva positivista pode ser conceituada como a ausência de norma que deveria haver para regular determinado caso.

Para além da dificuldade em compatibilizar o conceito de norma e sua incidência em caso de lacuna, a concepção positivista é criticável por desconsiderar o caso a ser solucionado como elemento integrante da criação normativa e por confundir texto e norma jurídica.

O caso jurídico (mesmo que hipotético) é parte fundamental da construção normativa. É a partir do caso que serão analisadas as possíveis soluções extraíveis do sistema jurídico, de modo que o sistema não condiciona as possíveis soluções do caso; ao contrário, o problema é quem condiciona o sistema.

O fenômeno das lacunas demonstra como é preciso abordar a questão normativa a partir de uma premissa concreta. Ainda que seja natural a realização de antevisões normativas em abstrato e que se inicie a construção da norma em abstrato, ou mesmo que exista uma tradicional interpretação sobre determinado dispositivo, a interação entre o caso e o sistema é capaz de demonstrar como tal pré-compreensão não fornece uma adequada solução para o problema, sendo necessário alterar as bases que se tinha até então.

A necessidade de distinção entre texto e norma jurídica é outro elemento a ser considerado para uma adequada compreensão da teoria normativa. O texto não possui um sentido intrínseco que permita afirmar estaticamente como se dará sua incidência. É preciso que o intérprete atribua um significado ao texto, o que faz lastreado no contexto histórico em que se situa e da interação deste com o caso para que se possa obter uma norma jurídica.

A norma jurídica é, assim, o resultado da interpretação, que considera a relação entre o caso e o sistema para obter o resultado normativo que realize o Direito. Como a norma já é o resultado da interpretação, o conceito de lacunas positivista não se mostra correto.

Contudo, ainda que a norma só surja para o caso, em razão de existir uma pré-compreensão jurídica em abstrato e de existirem significados que são tradicionalmente atribuídos aos dispositivos que, entretanto, podem se mostrar insuficientes diante de um novo caso, as lacunas podem ser conceituadas como a “*insuficiência do direito positivo constituído para dar resposta às exigências da realização concreta da juridicidade*”⁷².

O conceito de lacunas adotado demonstra dois traços centrais: a natureza de constante evolução do Direito, mesmo sem alteração de seu texto; e o fato de as lacunas funcionarem dentro da juridicidade, de modo que reconfiguram o sentido do Direito positivo por imposição da própria juridicidade.

Como se verá nos próximos capítulos, o (inadequado) conceito normativo e de lacunas positivista, que é largamente adotado pela doutrina do Direito Administrativo, por vezes de forma inconsciente, cria uma série de amarrações interpretativas que, para além de muitas vezes não refletir a realidade da prática jurídica, acaba por dificultar ou mesmo impossibilitar a obtenção da adequada norma do caso.

⁷² Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...*, p. 213-214.

PARTE I

LACUNAS E A JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO 1

3 – OS DOGMAS TRADICIONAIS SOBRE LACUNAS E A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da legalidade (res)surge, na esteira das revoluções liberais, como garantia de submissão do poder aos limites estabelecidos por representantes do povo⁷³. Assim, o princípio da legalidade nasce com a missão de combater os abusos e arbítrios praticados por regimes absolutistas, restringindo por meio de normas jurídicas os limites lícitos de atuação do poder instituído⁷⁴.

Para além da perspectiva democrática, todo este escopo garantístico da legalidade é, contudo, solapado pelo nascimento do Direito Administrativo em França⁷⁵, que vem ao mundo como fruto da peculiar interpretação que se deu ao princípio da separação de poderes.

Com efeito, no desenrolar da Revolução Francesa o governo instituído, temeroso de que os tribunais pudessem interferir no regime instalado⁷⁶, editou a Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790, que impedia que os magistrados julgassem as funções administrativas, cabendo à própria Administração seu autocontrole⁷⁷. Esta norma retirava seu fundamento filosófico de uma leitura da separação de poderes segundo a qual “julgar a Administração

⁷³ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do estado de Direito liberal ao estado social e democrático de Direito*, Coimbra, 1987, p. 90 e ss.

⁷⁴ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 45 e ss.

⁷⁵ A expressão nascimento do Direito Administrativo deve ser considerada com a ressalva de que se refere ao surgimento do modelo que vigora hoje, sendo certo que mesmo antes do “nascimento” já havia, com outros contornos, um Direito Administrativo, o que Vieira de Andrade chamou de pré-história do Direito Administrativo. Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça administrativa: lições*, 14. ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 23-24.

⁷⁶ Cf. JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, tradução de Rogério Ehrhardt Soares (no original DROIT ADMINISTRATIF, publicado no ano de 1975), Almedina, 1981, p. 158.

⁷⁷ Cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las Transformaciones de la Justicia administrativa: de excepción singular a la plenitude jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Navarra, Thomson Reuters, 2007, p. 31 e ss.

ainda é administrar”, sendo, assim, atribuição exclusiva do Poder Executivo, não do Judiciário⁷⁸⁻⁷⁹.

Neste cenário em que cabe à própria Administração a função definitiva de verificar a legalidade de sua atuação, é que nasce o Direito Administrativo, fruto da jurisprudência do contencioso administrativo francês.

Assim, o Direito Administrativo de modelo francês, que influenciou a vasta maioria das nações ocidentais, nasce, na expressão de Vasco Pereira da Silva, com o “pecado original”⁸⁰ de não ter vindo ao mundo para submeter a Administração à legalidade, mas antes como forma de fuga à legalidade e ao controle dos atos da Administração frente à lei, feito com imparcialidade e independência pelos tribunais.

A ausência de controle jurisdicional dos atos da Administração esvazia, assim, no nascimento do Direito Administrativo, a natureza garantística que o princípio da legalidade deveria ter⁸¹. Sendo juiz de si mesmo, o Poder Executivo só aparentemente se submetia à legalidade.

Depois de formalizada a fuga ao controle jurisdicional, coube ao Conselho de Estado dizer qual era propriamente a legalidade a que se submetia a Administração, de modo que a legalidade administrativa (em sentido amplo) é em boa parte obra da jurisprudência do Conselho de Estado francês que, por meio de sua criativa atuação,

⁷⁸ O modelo é inspirado na construção da separação de poderes tal como concebido por Montesquieu, segundo o qual os tribunais têm competência para julgar crimes e litígios entre particulares, excluindo, portanto, as demandas envolvendo a Administração de sua competência. Cf. MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, tradução de Cristina Muracho, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 167-168.

⁷⁹ É curioso notar que, do outro lado do Atlântico, em 1803, no julgamento do famoso caso “Marbury vs. Madison”, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu ser possível o controle de constitucionalidade de leis, sendo que o caso tratava da nomeação de um juiz, de modo que envolvia também o controle de atos da Administração. Com efeito, a concepção inglesa e americana da separação de poderes era a de que os poderes são independentes e se limitam reciprocamente, o que impõe a submissão dos atos da Administração ao escrutínio jurisdicional. Foi esta divergência de interpretação do princípio da separação de poderes que fez com que surgissem dois sistemas díspares de Direito Administrativo: o modelo inglês e o francês. Cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as ações no novo processo administrativo*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 16-17.

⁸⁰ A expressão é de Vasco Pereira da Silva, que bem explica os “traumas” gerados no surgimento do Direito Administrativo. Cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso ...*, p. 13 e ss.

⁸¹ Sobre a ilusão garantística do Direito Administrativo, cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 275 e ss.

estabeleceu diversos princípios e institutos que ainda hoje fazem parte do Direito Administrativo.

Como se verifica, já no nascimento do Direito Administrativo o tema das lacunas se mostrava relevante, posto que é diante da insuficiência do sistema positivo administrativo que nascem diversos institutos com vocação para solucionar adequadamente os casos que não o eram com o ordenamento da época.

Em que pese o nascimento sob forte influência jurisprudencial do Direito Administrativo em França, os países que passaram a adotar o modelo o fizeram editando leis que positivavam a doutrina importada do Conselho de Estado francês. Assim é que, tanto no Brasil quanto em Portugal, o Direito Administrativo, em contradição com sua forma de nascimento, aparece lastreado em base legal.

Neste momento, aliado à importação pela via legislativa e fortemente influenciado pela teoria positivista formalista em voga na virada do século XX, o Direito Administrativo viveu um momento, como afirma Paulo Otero, de “quase divinização da Lei”⁸², pretendendo que toda e qualquer conduta administrativa tivesse uma clara e específica previsão legal e, especialmente, dando pouca importância para as demais fontes do Direito, mesmo para fontes positivas como a Constituição⁸³. A lei era, assim, a fonte por excelência do Direito Administrativo, mesmo subvertendo, em termos práticos, a lógica de supremacia hierárquica da Constituição.

Entretanto, particularmente em razão da ascensão do constitucionalismo a partir da metade do século XX, a lei deixou de ser a protagonista e a Constituição passa a ocupar o lugar de proeminência dentro da ordem jurídica, influenciando, inclusive, a própria interpretação das leis, que deve ser feita à luz da Constituição⁸⁴. De outro lado, a profusão da ordem jurídica internacional e comunitária também contribui para a diminuição da importância da lei.

⁸² Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 153.

⁸³ Demonstrando como a Constituição não era utilizada na Espanha como norma jurídica, o que ocorreu também no Brasil e em Portugal, cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, v. I, Thomson Reuters, 2013, p. 121-123.

⁸⁴ Cf. INGO WOLFGANG SARLET, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 216 e ss.

Assim é que a concepção extremamente restrita de legalidade evoluiu para uma perspectiva mais ampla, que pode ser chamada de bloco de legalidade⁸⁵ ou juridicidade⁸⁶. A juridicidade administrativa abarca não só a lei mas também a Constituição, normas internacionais, comunitárias, regulamentos e todas as demais fontes do Direito Administrativo. Ou seja, a juridicidade administrativa engloba todo o ordenamento jurídico administrativo.

Por força do princípio democrático e do princípio republicano, bem como do respectivo princípio segundo o qual o Estado deve perseguir o interesse público, a atuação administrativa tem sempre de ter fundamento na juridicidade.

Ao contrário do mais amplo grau de liberdade que os particulares possuem, lastreados que estão em sua autonomia privada, o princípio da juridicidade impõe à Administração limites mais estreitos, pois funciona ao mesmo tempo como limite e fundamento para atuação administrativa⁸⁷. O que não significa, registre-se, que toda e qualquer atuação administrativa deva estar discriminada numa regra jurídica, que determine de forma minuciosa todo o agir administrativo. O fundamento da ação pode ser retirado mesmo de normas com baixíssima descritibilidade da conduta, tal como os princípios jurídicos⁸⁸. Independentemente da fonte de que provenha a norma, o que se deve ter é uma habilitação do ordenamento jurídico administrativo que dê lastro à conduta administrativa.

Pode-se concluir, desta forma, que a legalidade administrativa tem hoje três grandes perspectivas:

- (i) a democrática, que diz respeito ao nascimento da lei como representação da vontade popular;

⁸⁵ O termo bloco de legalidade já era utilizado por Maurice Hauriou; contudo, o conceito tinha uma perspectiva ainda restrita de fontes do Direito Administrativo e que atribuía à lei a qualidade de fonte superior a todas as outras. Cf. MAURICE HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Paris, editado por Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914, p. 55.

⁸⁶ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, passim.

⁸⁷ Cf. JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, Lisboa, Âncora Editora, 2009, p. 44 e ss.

⁸⁸ Utilizou-se uma das características típicas dos princípios, tal como elencado por HUMBERTO ÁVILA em *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 70.

- (ii) a garantística, que tem como escopo o controle do poder estatal, que é limitado e retira o fundamento de sua atuação do ordenamento jurídico;
- (iii) a plural, que reconhece inúmeras fontes que podem dar origem a normas administrativas.

De maneira ampla, são essas três perspectivas que condicionam a investigação das lacunas na legalidade administrativa, porque a verificação da existência de lacunas na legalidade administrativa pode e frequentemente gera tensão em uma ou mais dessas perspectivas.

Feita essa breve digressão sobre a evolução e o atual estado da legalidade administrativa, é preciso enfrentar sua relação com o conceito de lacunas, especialmente considerando se há alguma distinção relevante em relação às lacunas no ordenamento privado e a possibilidade de sua utilização; a ocorrência de lacunas em normas taxativas ou em sistemas do tipo regra geral e regra excepcional; em normas sancionatórias; a relação entre lacunas e o estado de necessidade; e a interação do conceito de lacunas com aspectos do regime da ilegalidade administrativa em sentido amplo.

Assim, ainda que o conceito de juridicidade seja amplo, a análise que se passa a fazer aborda pontos centrais da juridicidade administrativa, bem como aspectos típicos de lacunas em normas escritas, local em que a lei formal é a protagonista. Os demais pontos da relação entre lacunas e a juridicidade, designadamente as regras de competência e as fontes não legislativas do Direito Administrativo, serão objeto de investigação nos próximos capítulos.

3.1 – Lacunas em Direito Administrativo versus lacunas em Direito Privado

Como afirmado anteriormente, em razão da autonomia privada os particulares gozam de um amplo grau de liberdade. De outro lado, a juridicidade administrativa impõe limites mais rigorosos ao agir da Administração.

Tal característica pode suscitar a tese de que a ausência de dispositivo sobre determinado assunto aloca o particular no campo da liberdade de atuação, em razão de sua

autonomia privada⁸⁹. De outro lado, na mesma hipótese, a Administração estaria impedida de atuar devido à inexistência de fundamento legal que lhe habilite⁹⁰. Em suma, a ausência de lei (em sentido estrito) sobre um específico assunto libertaria o particular e impediria a atuação administrativa.

A lógica por detrás dessa construção é o argumento *a contrario sensu*, de acordo com o qual o que não é previsto seria proibido (para o Direito Administrativo) ou permitido (para o Direito Privado). O argumento funcionaria, assim, com sinais trocados entre o Direito Privado e o Direito Administrativo, uma vez que a autonomia privada seria libertadora da atuação particular e a legalidade administrativa impediria o agir na ausência de dispositivo sobre determinado tema. Essa tese, todavia, padece da confusão entre texto e norma⁹¹.

Quando se afirma que o particular em determinado caso é livre para agir, porque está sob a égide da autonomia privada, o que se tem é a interpretação do caso (mesmo que hipotético) já efetivada e que chegou ao resultado normativo que permite ao particular atuar livremente.

Com efeito, nesta hipótese a interpretação já delimitou a incidência do Direito, afastando o campo do espaço livre de Direito, bem como gerou como resultado final a norma da autonomia privada.

Em que pese o modo distinto de funcionamento da juridicidade administrativa, a mesma conclusão se aplica. Quando se afirma que a Administração não pode agir em razão da ausência de norma que a habilite, já foi feita a interpretação do caso (mesmo que hipotético) e o resultado foi a ausência de fundamento na juridicidade que permita a ação.

Assim, nas duas hipóteses já foi efetuada a concretização, de modo que já há a norma do caso. Não há aqui propriamente que se falar em lacuna, que opera em momento anterior.

De outro lado, havendo lacuna, ou seja, sendo o Direito positivo insuficiente para dar resposta às exigências necessárias à concreta realização do Direito, seja no Direito

⁸⁹ O ponto desenvolvido neste tópico é extremamente próximo com o já explanado no tópico 2.1, para onde se remete.

⁹⁰ Sobre o ponto, cf. LUÍS FELIPE COLAÇO ANTUNES, *A ciência jurídica administrativa: noções fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 253.

⁹¹ V. tópico 2.2.2.

Privado, seja no Administrativo, é a interpretação de cada caso que determinará a norma final e se ela permite ou não determinada conduta (privada ou administrativa).

Não há qualquer predeterminação que possa levar à afirmação categórica que as lacunas privadas ensejarão sempre a incidência da autonomia privada e que as lacunas administrativas sempre levarão à proibição da ação administrativa. Ao contrário, é possível que uma lacuna em Direito Privado gere a proibição de uma conduta ao particular e que uma lacuna em Direito Administrativo permita a atuação da Administração.

Diante de uma lacuna (ou mesmo para saber se efetivamente há uma lacuna), é o processo de interpretação do caso que determinará qual será o resultado normativo, sem que se possa preestabelecer um modelo de resultados distintos entre o Direito Privado e o Administrativo.

O que não quer dizer, como já afirmado anteriormente, que a legalidade administrativa funcione de forma igual à privada. A distinção entre elas deve inequivocamente ser considerada no momento interpretativo, sem que com isso seja possível desenhar um modelo de resultados prévio e necessariamente divergente entre lacunas de Direito Privado ou de Direito Administrativo.

A legalidade administrativa e a privada funcionam de modo igual quando não permitem o estabelecimento de uma regra padrão de solução de lacunas, mas possuem peculiaridades que devem ser consideradas no momento da interpretação. Ainda que essas peculiaridades também não determinem caminhos fixos, de maneira que a pretensão desta investigação não é a de desenhar regras estanques de interpretação, é possível ao menos: (i) suscitar as principais peculiaridades da juridicidade administrativa que influenciam na interpretação, verificação e solução das lacunas; e (ii) questionar alguns dogmas tradicionalmente ligados ao tema. É o que se passa a empreender.

3.2 – Lacunas no Direito Administrativo e a utilização do Direito Privado

A existência de lacunas em Direito Administrativo suscita a indagação sobre a possibilidade de aplicação direta do Direito Privado. A indagação não inclui, assim, a utilização do Direito Privado por entes públicos ou por entes privados vinculados à

Administração Pública⁹², mas se o Direito Privado pode funcionar de forma supletiva e, por via de consequência, ser utilizado sempre que o Direito Administrativo não possua regulamentação sobre determinado tema⁹³.

A tese é pautada na lógica da subsidiariedade segundo a qual o Direito Administrativo, na qualidade de direito excepcional, pode ser socorrido por normas de Direito Privado, uma vez que este gozaria da qualidade de Direito geral. Desta forma, se a relação entre o Direito Privado e o Direito Administrativo for a de normas gerais *versus* normas excepcionais, o Direito Administrativo teria normas que excepcionariam as normas gerais privadas e, sempre que ausente uma norma especial (administrativa), aplicar-se-ia a norma geral (privada) para regular o tema.

Contudo, a teoria do Direito Administrativo como direito excepcional em relação ao Direito Privado já não encontra hoje o número de defensores de outrora. A doutrina de nosso tempo, majoritariamente, tem entendido que o Direito Administrativo é o direito comum da Administração⁹⁴.

Sem adentrar no embate entre as inúmeras teorias pelas quais se distingue o Direito Administrativo dos demais ramos⁹⁵, o fato é que se tem reconhecido, ainda que por motivos diversos, que, em razão de peculiaridades próprias, o Direito Administrativo goza de autonomia em relação ao demais ramos do Direito e que, portanto, as fontes do Direito Administrativo são autônomas em relação às demais fontes, inclusive as privadas.

Em razão da autonomia do Direito Administrativo, este não pode estar submetido ao Direito Privado sem que, com isso, sua autonomia não seja absolutamente esvaziada. Em outros termos, como o Direito Administrativo é o comum da Administração, inexistem a

⁹² Área em que se discute a atividade privada da administração. Sobre este ponto, cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 85 e ss.

⁹³ A defesa do Direito Privado como fonte supletiva é encontrada, especialmente, nos autores do início do Direito Administrativo. Neste sentido, cf. ANDRÉ HAURIOU, *A utilização em Direito Administrativo das regras e princípios do Direito Privado*, tradução de Paulo da Mata Machado (do original RECUEIL D'ÉTUDES SUR LES SOURCES DU DROIT EN L'HONNEUR, de François Geny, Tome III, Les sources des diverses branches du droit), Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, abr. 1945, p. 496.

⁹⁴ Cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da boa fé e decisão administrativa*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 113 e ss.

⁹⁵ Teorias como a do exercício do poder, do ato administrativo, do serviço público e da relação jurídico-administrativa são algumas das que buscaram distinguir em que situações se aplica o Direito Administrativo. Neste sentido, cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso ...*, v. I..., p. 74 e ss.

relação de subsidiariedade com o Direito Privado, o que afasta a lógica da teoria de normas gerais privadas e normas excepcionais administrativas a ensejar a aplicação supletiva do Direito Privado.

O que não significa que as leis privadas, ou melhor, dispositivos que são entendidos como destinados ao Direito Privado, não possam ser utilizados pelo Direito Administrativo, mas tão só que essa possibilidade não é automática e irrestrita. Isto é, não basta a mera lacuna em lei administrativa para que se convoque de forma imediata o Direito Privado, sem que haja qualquer fundamento que habilite tal chamamento. Para tanto, algumas premissas devem ser observadas.

De início, a delimitação de que determinado dispositivo é de Direito Privado ou de Direito Administrativo ou de qualquer outro ramo do Direito não pode ser topográfica, ligada ao tipo de lei em que se encontra inserido. Assim, não é em razão de um dispositivo estar localizado no Código Civil que ele necessariamente será um dispositivo de Direito Privado.

Com efeito, o Código Civil brasileiro trata das pessoas coletivas públicas, matéria geralmente ligada ao Direito Administrativo. Por seu turno, os primeiros dispositivos do Código Civil português se destinam a regular assuntos tipicamente ligados a todos os ramos do Direito⁹⁶, o que os inclui dentro do Direito Comum⁹⁷, e não apenas como fonte do Direito Privado.

Assim, é preciso distinguir as fontes de Direito Comum e as de Direito Privado, porque enquanto o Direito Comum se caracteriza por ser aplicável indistintamente a todos os ramos do Direito, sem regular de forma específica um campo ou outro, o Direito Privado se destina apenas à regulação das relações privadas, sendo certo que boa parte do que se entende como Direito Comum era historicamente ligado ao Direito Privado⁹⁸, fato que pode levar à equivocada concepção de que se está diante da aplicação do Direito Privado quando se está verdadeiramente aplicando Direito Comum.

⁹⁶ V. artigos 1.º ao 13.º do CC português.

⁹⁷ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 811.

⁹⁸ Demonstra claramente essa evolução a alteração que se fez no Decreto-Lei nº 4.657/1942, por meio da Lei nº 12.376/2010, que, entre outras, alterou sua denominação de Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, uma vez que é composta especialmente de dispositivos vocacionados ao Direito Comum.

Para além dessas hipóteses, há ainda a possibilidade de aplicação de dispositivo que se destina aprioristicamente à regulação de relações privadas quando há norma administrativa que assim determine. Em outros termos, é possível a aplicação de lei privada quando o próprio ordenamento administrativo faça remissão a determinado campo da legislação privada, como ocorre, por exemplo, em matéria de contratos, em que a legislação administrativa determina a aplicação subsidiária das regras privadas sobre contratos⁹⁹.

Entretanto, a remissão à legislação privada não precisa ser explícita. Com efeito, quando, por exemplo, a legislação permite, sem qualquer ressalva, que sejam criadas sociedades coletivas empresariais de propriedade pública está implicitamente habilitando a utilização das normas privadas sobre o tema. O mesmo ocorre quando a Administração utiliza formas contratuais privadas.

Contudo, ainda que os dispositivos utilizados sejam vocacionados inicialmente à regulação de relações privadas, seu emprego no Direito Administrativo passa por um filtro que acaba por produzir uma norma final administrativa. Princípios como o do interesse público e da imparcialidade, por exemplo, limitam e condicionam a aplicação das normas privadas sobre contratos. O Direito Administrativo não abandona, assim, a regulação para o Direito Privado¹⁰⁰; ao contrário, o que se tem é o avanço publicizador sobre enunciado que originalmente não se destinava à regulação administrativa¹⁰¹.

Desta forma, o Direito Administrativo não está aplicando o Direito Privado, e sim utilizando dispositivo que nasceu vocacionado a regular relações privadas, mas que, diante da incidência de uma norma de remissão e de sua interpretação sob uma perspectiva administrativa, culminou com a exteriorização de uma norma administrativa¹⁰².

Por fim, há que se investigar a possibilidade de aplicação direta de leis privadas, *rectius*, de dispositivos tradicionalmente entendidos como de Direito Privado, sem que haja

⁹⁹ V. artigo 54 da Lei brasileira nº 8.666/1993.

¹⁰⁰ Cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso ..., v. I...*, p. 80.

¹⁰¹ Tratando-se de como a autonomia privada da Administração nos contratos de Direito Privado é limitada pelo regime jurídico administrativo, cf. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 532 e ss.

¹⁰² Sobre a incidência de princípios administrativos na utilização de normas privadas, cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 160-161. No que concerne à “administrativização do Direito Privado”, sob diversos aspectos, e não apenas o suscitado nesta investigação, cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 793 e ss.

norma de remissão administrativa. Em razão da autonomia do Direito Administrativo, só é possível cogitar a aplicação de dispositivos privados se tanto for uma imposição do próprio Direito Administrativo; isto é, para que haja a aplicação de outro ramo do Direito é preciso que exista uma habilitação administrativa neste sentido, sob pena de restar violada a autonomia do Direito Administrativo¹⁰³.

Neste sentido, a habilitação só pode decorrer do processo de concretização normativa levada a efeito por meio da interpretação (integração) que se realiza dentro do próprio ordenamento jurídico administrativo. É a interpretação, em especial pela utilização da analogia e de outros elementos de integração, que pode suscitar o emprego de dispositivo que, a partida, não era vocacionado ao Direito Administrativo, mas que foi habilitado pelo próprio sistema administrativo a tanto.

Com efeito, não existe uma fronteira clara de divisão do Direito Privado e do Direito Público, o que já é um elemento complicador de uma vedação absoluta de socorro do Direito Privado. Ainda, a natureza de constante mutação das normas jurídicas possibilita que um dispositivo considerado como de Direito Privado passe a ser tido como de Direito Público. A questão fica ainda mais complexa porque atualmente mesmo normas privadas são fortemente influenciadas pelo Direito Público, de modo que o contrato privado tem de respeitar a função social. A propriedade privada sofre limitações administrativas, até o casamento tem um aspecto administrativo, tudo a demonstrar que a separação entre os dois ramos do Direito não é clara, nem estática¹⁰⁴.

O processo de integração de lacunas será objeto de investigação em capítulo próprio, para onde se remete, mas é possível concluir, em linhas gerais, que a autonomia do Direito Administrativo impede a utilização automática do Direito Privado, sendo que sua utilização pontual decorre de autorização dada e condicionada pelo próprio Direito Administrativo, o que enseja, ao final, um norma de Direito Administrativo (ou administrativizada).

¹⁰³ Questão distinta, ainda que com certa proximidade, é relativa a existência de áreas que devem ser necessariamente reguladas pelo Direito Administrativo; isto é, por imposição constitucional, determinadas matérias não podem ser relegadas ao Direito Privado, vigorando uma reserva de Direito Administrativo. Sobre o tema, cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 815.

¹⁰⁴ Tratando-se da “diluição das fronteiras tradicionais” entre o Direito Privado e o Público, cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga...*, p. 152 e ss.

3.3 – Lacunas em normas taxativas e em normas do tipo regra geral/regra excepcional

Para os dispositivos compostos por um rol taxativo e aqueles compostos por uma regra geral e regras excepcionais, tem se defendido a inexistência de lacunas¹⁰⁵. A construção é a de que o rol taxativo enumera todas as hipóteses categoricamente, de modo que os fatos que não se enquadrem no rol estão inexoravelmente fora do tipo legal. Situação similar ocorre nos enunciados construídos na forma de regra geral e regra excepcional (ou especial): caso uma hipótese não se encaixe na regra excepcional, incide automaticamente a regra geral.

A tese parte de uma concepção restritiva da legalidade para tais hipóteses, calcada na lógica segundo a qual a vontade legislativa era a de formar um campo fechado, seja em razão da taxatividade das situações previstas, seja em razão da incidência da norma geral, quando a hipótese não se enquadrar na norma especial. Assim, a criação de mais uma hipótese no rol taxativo ou de regra excepcional levaria à violação da vontade do legislador¹⁰⁶.

Afirmar a inexistência absoluta de lacunas nestes casos não é, entretanto, concretamente possível. A rigidez de um tal modelo interpretativo desconsidera um sem-número de outros elementos interpretativos como a separação entre texto e norma, e a natureza carecedora de concretização dos enunciados legais, que podem ensejar a verificação de uma lacuna em normas taxativas ou no sistema de norma geral e normas excepcionais.

Não se quer dizer com isso que não há qualquer peculiaridade nestes sistemas. A interpretação que leve o texto a sério deve considerar que num rol taxativo e no modelo de regras gerais e regras especiais a construção da norma para o caso deve ser feita observando tal especificidade do enunciado, mas esta peculiaridade não gera a exclusão irrestrita da possibilidade de lacunas.

¹⁰⁵ A inexistência de lacunas em regras excepcionais tem sido negada, inclusive, pelo ordenamento positivo, como se verifica no artigo 11º do CC português. Entretanto, como se analisará no capítulo 1 da Parte II, para onde se remete, as limitações positivas à interpretação têm sempre efeitos limitados.

¹⁰⁶ Neste sentido, cf. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, v. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1976, p. 592.

Com efeito, é possível que a verificação de lacunas nestes casos seja feita exatamente por força do que está presente nos dispositivos do tipo investigado, ou seja, pode ser que o próprio rol taxativo indique sua incompletude ou mesmo que se verifique a insuficiência positiva da norma especial para a adequada realização da intencionalidade normativa do próprio subsistema criado por dispositivos do tipo norma geral e norma excepcional¹⁰⁷.

O reconhecimento de lacunas nestas hipóteses é, assim, factível e corriqueiramente ocorre com o debate doutrinário se desenvolvendo sobre qual é a adequada interpretação do caso, divergindo sobre quais elementos devem ou não ser considerados, sem que haja, contudo, sequer discussão sobre a existência efetiva de uma lacuna.

Alguns exemplos ajudam a demonstrar como efetivamente devem ser reconhecidas lacunas nos dispositivos em questão.

O primeiro envolve a interpretação do dispositivo do CPA, que elenca os atos nulos e que não inclui expressamente a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana no seu rol¹⁰⁸. De outro lado, o CPA classifica como nulo os atos que violem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Considerando que o princípio da dignidade não se confunde com os direitos fundamentais¹⁰⁹, estaria o ato que viola a dignidade da pessoa humana fora das hipóteses de atos nulos? Para os que defendem a tese ora investigada, sim, imputando como ato anulável (regra geral) aquele praticado em violação à dignidade humana, mas esta, certamente, não é a interpretação constitucionalmente adequada.

Se a dignidade da pessoa humana é tida como o fundamento dos direitos fundamentais, gozando de uma superioridade axiológica¹¹⁰, não é constitucionalmente adequado conferir maior proteção aos direitos fundamentais do que à dignidade da pessoa

¹⁰⁷ Cf. KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico...*, p. 296 e ss.

¹⁰⁸ V. art. 161.º do CPA.

¹⁰⁹ Neste sentido, cf. JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana, v. II: dignidade e inconstitucionalidade*, Almedina, 2016, p. 24-25; e LUÍS ROBERTO BARROSO, *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo*, in: Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (Orgs.), Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, v. 3, Coimbra, 2012, p. 134.

¹¹⁰ Sobre a superioridade axiológica da dignidade ou a considerando princípio que fundamenta o ordenamento jurídico, cf. PAULO OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, v. I, Lisboa, Almedina, 2007, p. 561; e CHRISTIAN STARCK, *Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da lei fundamental alemã*, in: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, tradução de Rita Dostal Zanini, 2. ed., Rio de Janeiro: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 219.

humana. Deste modo, deve ser reconhecido, por imposição constitucional, também que os atos da Administração que violem a dignidade sejam classificados como nulos¹¹¹.

Outra hipótese presente no Direito português é a que envolve a aplicação do artigo 282.º, n.ºs 1 e 3 da CRP para os casos decididos administrativos. O dispositivo apresenta uma regra geral de eficácia retroativa das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, excepcionando apenas o caso julgado da incidência da norma geral.

Enquanto parte da doutrina entende que é inviável a aplicação da hipótese do caso julgado para o caso decidido administrativo¹¹², negando, portanto, a possibilidade de lacuna neste tipo, outra parte tem reconhecido que as mesmas premissas que ensejaram a ressalva do caso julgado, principalmente razões de segurança jurídica e necessidade de previsibilidade da conduta, também se encontram no caso decidido administrativo, que, por isso, deve ser submetido ao mesmo regime jurídico¹¹³.

Deixando de lado qual a posição correta¹¹⁴, o fato é que o debate doutrinário demonstra que não é a mera análise isolada e focada restritivamente no dispositivo legal que levará à solução adequada do caso.

O mesmo ocorre em casos de normas compostas por rol taxativo, como, por exemplo, se verifica no art. 63 da Lei de Processo Administrativo Federal brasileira (L. n.º 9.784/99). O dispositivo estipula as hipóteses em que um recurso não será conhecido e sua redação aponta para o que seria uma típica situação de rol taxativo¹¹⁵, ou seja, sem que haja abertura para outras situações que não as previstas no dispositivo.

No entanto, tal interpretação violaria preceitos básicos processuais como a concepção de que os recursos (e as petições/requerimentos em geral) devem ser redigidos

¹¹¹ Para os que reconhecem a inexistência jurídica de ato da Administração por grave violação material à juridicidade, v. MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, Lisboa, 1988, p. 167 e ss., é possível também considerar casos de violação da dignidade como atos juridicamente inexistentes.

¹¹² Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional: tomo II, constituição e inconstitucionalidade*, 3. ed., Coimbra Editora, 1996, p. 495.

¹¹³ Cf. PAULO OTERO, *A fiscalização da constitucionalidade em Portugal*, in: Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 5, 2005, p. 126.

¹¹⁴ Para uma análise ampla sobre as diversas posições em relação ao tema, cf. RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, p. 622 e ss.

¹¹⁵ Dispõe o art. 63 da Lei brasileira n.º 9.784/99 que: “O recurso não será conhecido quando interposto: I – fora do prazo; II – perante órgão incompetente; III – por quem não seja legitimado; IV – após exaurida a esfera administrativa.”

de modo que seu conteúdo possa ser compreendido. Assim, o recurso que se apresente ininteligível não deve ser conhecido por inépcia absoluta. É possível, portanto, que se avenge outra hipótese para o não conhecimento de recurso administrativo afora aquelas “taxativamente” estipuladas no dispositivo em questão.

Os exemplos só reafirmam o já inicialmente explanado. Ainda que o texto seja parte fundamental a ser considerada na interpretação, é inviável estabelecer estruturas rígidas de interpretação que afastem a existência de lacunas com base na pretensa lógica existente em normas taxativas ou do tipo regra geral e regra excepcional.

De fato, como o exemplo envolvendo o sistema de invalidades do CPA e o princípio da dignidade humana demonstram, é possível que a interpretação excessivamente restrita seja contrária mesmo ao que pretendeu o subsistema criado pela norma geral e as normas que a excepcionam.

Assim, a interpretação dos enunciados legais do modelo investigado, mesmo considerando suas peculiaridades, abertos e carecedores de concretização que são como todos os textos legais, pode revelar a insuficiência do sistema positivo, levando, portanto, ao reconhecimento da existência de lacunas que devem ser solucionadas para a adequada realização do Direito.

3.4 – Lacunas, tipicidade fechada e normas de Direito Administrativo sancionador

Também tem se reconhecido que vigora uma especial forma de legalidade em determinados campos materialmente administrativos que, em razão de peculiaridades próprias, não se contentariam com as garantias ordinariamente conferidas pelo princípio da legalidade.

É o que ocorre, por exemplo, com dispositivos que instituem tributos ou tipos sancionatórios. Nestas áreas, em razão da importância do bem jurídico tutelado, o princípio da legalidade deve funcionar de forma a robustecer a natural garantia de previsibilidade e segurança sobre o qual se apoia um dos pilares da legalidade.

Tal característica levou a que parte substancial da doutrina defendesse uma concepção restritiva de legalidade que advoga uma tipicidade fechada¹¹⁶ ou de máxima taxatividade legal¹¹⁷, entendida como a impossibilidade de ampliação do contido no dispositivo legal.

Em razão da maior amplitude do princípio da legalidade no Direito Sancionador¹¹⁸, este será o ponto central sobre o qual se desenvolverá este tópico, sendo certo que as conclusões a que se chegar sobre ele se aplicam, com as devidas adaptações, aos demais campos em que se tem defendido a noção de tipicidade fechada.

Como resultado da doutrina da máxima taxatividade legal, ressalvada a hipótese de que a solução da lacuna seja *in bonam partem*¹¹⁹, restou negada a ocorrência de lacunas em enunciados instituidores de sanções, uma vez que a ausência de dispositivo legal que regule o caso tem como consequência a não incidência normativa. Ou seja, por força da tipicidade fechada não há lacuna, porque a ausência de norma deve gerar a não penalização da conduta¹²⁰⁻¹²¹.

Todavia, como já antevisto na introdução, o próprio conceito de tipicidade fechada é uma contradição em termos, posto que todo dispositivo (tipo) legal é aberto, no sentido de carecer de um significado que lhe seja atribuído pelo intérprete e que possibilite sua concretização. Desta forma, a mera existência de dispositivo legal penal não produz um automático resultado normativo, sem que haja antes a mediação interpretativa.

¹¹⁶ Cf. ALBERTO PINHEIRO XAVIER, *Conceito...*, p. 330.

¹¹⁷ Sobre o princípio da máxima taxatividade legal no Direito Penal, cf. E. RAÚL ZAFFARONI, NILO BATISTA, ALEJANDRO ALAGIA E ALEJANDRO SLOKAR, *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do Direito Penal*, Rio de Janeiro, Renavan, 2006, p. 206 e ss.

¹¹⁸ Ainda que seja criticável a utilização do padrão da legalidade criminal nas sanções administrativas, para os fins da investigação ambas serão consideradas como idênticas, porque, se é possível reconhecer lacunas em normas criminais, com mais razão há de se reconhecer em sanções administrativas. A respeito da crítica à utilização do nível de rigidez da legalidade criminal em sanções administrativas, cf. ALICE VORONOFF, *Direito Administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*, Belo Horizonte, Fórum, 2018, p. 229.

¹¹⁹ Cf. E. RAÚL ZAFFARONI, NILO BATISTA, ALEJANDRO ALAGIA E ALEJANDRO SLOKAR, *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do Direito Penal...*, Rio de Janeiro, Renavan, 2006, p. 210.

¹²⁰ Cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, v. II*, Thomson Reuters, 2013, p. 185.

¹²¹ Não reconhecendo lacunas em matéria submetida à legalidade fiscal em razão do que previsto no artigo 11.º, n.º 4, da LGT, ainda que admitindo que se encontra dentro da margem legislativa a permissão para o reconhecimento de lacunas pelo intérprete, cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 214-215.

A teoria sobre tipicidade fechada parte da equivocada premissa de que os enunciados legais possuem sentidos inatos e área de incidência que pode ser de forma absoluta predeterminada e por isso nega a existência de lacunas. A negativa parte da pretensão positivista de definir em abstrato todas as possíveis incidências da norma, excluindo de sua aplicação todo o resto.

Não se revela necessário repassar novamente o já explanado, mas é importante ressaltar o fato de que a interpretação jurídica é pautada pela historicamente considerada atribuição de significado aos enunciados legais, atentando para sua relação com o caso a ser solucionado. Esta característica impede de afirmar, de modo absoluto, que inexistem lacunas em normas instituidoras de tributos ou de sanções, porque só diante do caso é possível verificar a suficiência do sistema positivo para sua adequada solução, ao que se alia também a inexorável mutabilidade histórica que faz com que haja uma natural modificação conceitual em relação ao significado que era outrora atribuído a determinado texto.

De outro lado, o sentido do texto não é apenas o gramatical, mas também a ideia que se encontra nele presente, o que impõe a necessidade de que se considere axiologicamente a norma, o que, por sua vez, não leva à negação da importância do texto ou permite deixar de reconhecer um papel especial que a legalidade desempenhe nos campos ora investigados. A existência de lacunas, para além de ser ínsita à própria natureza do Direito e, portanto, uma realidade com a qual se tem de conviver, não vulnera os bens especialmente protegidos se realizada interpretação que efetivamente considere as peculiaridades da legalidade quando inserida em campos em que a garantia de segurança e previsibilidade são reforçadas.

Ainda que não seja possível construir premissas absolutas, algumas balizas ajudam a estabelecer critérios que dão efetividade à legalidade quando desempenha um especial e fortalecido papel de garantia¹²².

De início, é preciso ressaltar a relevância do texto. O fato de o dispositivo legal não conter uma norma acabada não significa que o intérprete possa desconsiderá-lo. A interpretação deve seriamente atentar para o sistema positivo; do contrário, será mero

¹²² As balizas que seguem são, em larga medida, encontradas em ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O Princípio da Legalidade Criminal*, in: *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, v. 1, passim, especialmente em fls. 464 e ss.

exercício do voluntarismo do intérprete, sem o dado democrático e de segurança que o sistema traduz¹²³.

Neste sentido, é preciso que a interpretação permita sua recondução à norma penal. A concepção de *nulum crimen sine lege*, tão cara às garantias liberais, é um valor que deve ser concretizado, não em razão de um (inexistente) inato sentido do texto, mas por meio de atribuição de sentido que favoreça significados tipicamente aceitos para um determinado dispositivo legal¹²⁴.

A atribuição de sentidos que tradicionalmente são aceitos é a maneira com que ordinariamente se respeita o princípio da legalidade criminal (e sancionatória em geral), o que, contudo, não tem o condão de afastar excepcionalmente que se atribua sentido diverso do tradicional. Retornando ao explanado na introdução, a construção normativa não tem como ser imobilizada num determinado momento histórico. Se alterado o contexto, é possível que o caso solicite a atribuição de significado diverso do que normalmente era atribuído a determinado dispositivo sancionatório¹²⁵. Ainda, o sentido do texto não significa sentido gramatical, mas especialmente axiológico.

A hipótese, porém, deixa em aberto o perigo de arbitrariedade que exatamente o princípio da legalidade penal pretende combater, o que impõe ao intérprete cuidados adicionais.

De antemão, é preciso que se considere a própria peculiaridade da hipótese no momento da interpretação. É dizer: o processo hermenêutico deve ser feito tendo o cuidado de conciliar o novo significado que se pretende atribuir ao texto com a promoção dos valores segurança e previsibilidade. Ou seja, mesmo diante da alteração de contexto, o princípio da legalidade deve funcionar como uma baliza hermenêutica que condiciona a realização de interpretação que efetivamente leve em conta a necessidade de maior proteção ao bem jurídico tutelado e que, portanto, privilegie a construção de norma de

¹²³ É preciso ressaltar, contudo, que o respeito ao texto não significa apego gramatical ao dispositivo legal, mas sim às ideias extraíveis do ordenamento jurídico uma vez que, como afirma Francisco Aguiar, “são as ideias ... e não as palavras, que, em última análise, normam no caso”, cf. FRANCISCO AGUIAR, *A norma...*, p. 209.

¹²⁴ Cf. ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES, *O Princípio da Legalidade Criminal...*, p. 471.

¹²⁵ Em sentido contrário, ainda que não tratando especificamente sobre normas sancionatórias, mas sobre a alteração de contexto e as consequências sobre os enunciados legais, cf. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 202 e ss.

modo a garantir a proteção do valor de segurança ínsito a esta faceta da legalidade¹²⁶. Desta forma, o novo contexto histórico considerado para alteração do tradicional sentido de determinado dispositivo deve poder ser reconduzível ao texto; quer dizer, a função de previsibilidade da legalidade não é colocada em xeque quando o novo sentido é comunitariamente admissível como um novo sentido do texto em questão.

A função de previsibilidade e segurança atribuída à legalidade deve ser, contudo, a que razoavelmente se pode esperar tendo como paradigma um indivíduo médio e responsável, que não conhece necessariamente as palavras presentes no enunciado penal, mas que conhece o desvalor social da conduta e como este é protegido pelo ordenamento e que, por isso, tem a capacidade de se comportar de modo a não cometer uma infração à norma. Assim, a função de previsibilidade e segurança não precisa ser necessariamente levada a cabo pela interpretação gramatical de dispositivos desconhecidos do indivíduo médio. De outro lado, é razoável comportar a intenção normativa, o sentido axiológico da norma, dentro do espaço de previsibilidade e segurança desempenhadas pelo princípio da legalidade¹²⁷.

Outrossim, a interpretação tem que gerar um resultado que permita sua adequação ao sistema sancionador como um todo. Logo, é preciso que a interpretação seja coerente com a presente em outros elementos do sistema penal, devendo ser desconsideradas posições que não possam ser reconduzidas de forma geral ao sistema. No mesmo sentido, o significado atribuído tem de poder ser utilizável em outros casos, permitindo, assim, a generalização do significado sem que, com isso, seja vulnerado o sistema no qual a norma se inclui¹²⁸.

Com efeito, a coerência sistemática é um eficaz mecanismo de auxílio ao controle de decisões arbitrárias, posto que limita as possibilidades interpretativas ao impor uma necessária congruência entre diferentes dispositivos do sistema. No mesmo sentido, a necessidade de unidade dentro do sistema estabelece limitações hermenêuticas ao requerer interpretações que possam ser aplicadas com o mesmo significado em casos análogos.

¹²⁶ Sobre a previsibilidade como elemento da legalidade, cf. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO e FLÁVIO AMARAL GARCIA, *A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador*, in: Revista Brasileira de Direito Público, n. 43, out.-dez. 2013, Belo Horizonte, Fórum, p. 23-24.

¹²⁷ Cf. FRANCISCO AGUILAR, *A norma...*, p. 62.

¹²⁸ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O Princípio da Legalidade Criminal...*, p. 470-471.

Por fim, a doutrina e a atuação jurisdicional desempenham relevante papel no controle da interpretação que se faz à luz da concepção do princípio da legalidade quando em análise de dispositivos que instituem sanções: (i) seja em razão de plasmarem o entendimento tipicamente aceito sobre o significado de determinado dispositivo; ou (ii) acaso ultrapassado o sentido classicamente atribuído ao texto, em razão de permitirem excluir hipóteses não reconduzíveis ao dispositivo e por traçarem a linha mestra do sistema sobre o qual se insere o caso a ser interpretado¹²⁹.

A doutrina e a jurisdição funcionam, portanto, tanto como balizadores dos significados possíveis quanto como termômetros da qualidade da interpretação que se faz à luz de um novo contexto e, mesmo quando não afastam a natural discordância sobre a interpretação de determinado dispositivo legal, diminuem sobremaneira as hipóteses possíveis de arbitrariedades no curso da interpretação.

Assim, é impossível afastar a noção de lacunas mesmo no campo em que vigora a legalidade penal (e sancionatória em geral), diante da natural mutabilidade histórica em que se insere o Direito, mas diversas balizas e mecanismos de controle permitem que a interpretação seja efetivada, observando o especial papel desempenhado pela legalidade nesta seara para diminuir o risco de que a interpretação seja feita de forma arbitrária.

3.5 – Lacunas e a legalidade extraordinária do estado de necessidade

Diante da insuficiência natural do sistema jurídico positivo, existem ocasiões da vida que demonstram como o ordenamento positivo é incapaz de dar solução adequada ao caso. É o que ocorre quando se está diante de uma situação excepcional, de risco a relevante bem jurídico, que solicite urgente atuação da Administração e que só pode ser efetivada com o descumprimento de normas que, *prima facie*, seriam aplicáveis ao caso, hipótese em que resta configurado o estado de necessidade administrativa¹³⁰.

¹²⁹ Cf. ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES, *O Princípio da Legalidade Criminal...*, p. 472.

¹³⁰ Para um conceito de estado de necessidade, cf. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Revisitando o estado de necessidade*, in: Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Augusto de Athayde, João Caupers, Maria da Glória F.P.D. Garcia (Orgs.), Coimbra, Almedina, 2010, p. 745-746.

Pode-se reconhecer, portanto, quatro elementos essenciais para que seja caracterizado o estado de necessidade administrativa¹³¹:

- (i) A natureza extraordinária do evento;
- (ii) O efetivo e iminente perigo ao bem jurídico;
- (iii) A relevância do bem jurídico protegido;
- (iv) A impossibilidade de resolução pela via da normatividade ordinária.

Em termos positivos, o estado de necessidade se encontra previsto no art. 3º, nº 2, do CPA, em dispositivos sobre estados de exceção constitucional (arts. 19º e 138º da CRP e arts. 136 e 137 da CRB) e em outros dispositivos esparsos, não havendo no ordenamento positivo brasileiro previsão com a amplitude do CPA português. Todavia, classicamente o estado de necessidade é considerado um princípio geral de Direito, lastreado na premissa de que *necessitas non habet legem*¹³², de modo que seu reconhecimento independe de previsão legal explícita.

Entretanto, a leitura moderna do instituto permite uma concepção constitucional¹³³, que vai além do reconhecimento das situações de exceção constitucionalmente reconhecidas. Neste sentido, o estado de necessidade funciona como o resultado da incidência direta da constituição em casos concretos, uma vez que habilita que se afaste o ordenamento positivo para que seja dado cumprimento ao dever constitucional de proteção a relevante bem jurídico, que não seria, naquela específica circunstância, adequadamente protegido pelo sistema legal ordinário.

Assim, o estado de necessidade administrativa é o resultado do confronto entre o primado da lei e a necessidade de proteção de relevante bem jurídico constitucionalmente considerado, que teve como resultado o afastamento episódico da legalidade positivada em favor da proteção de outro bem constitucional¹³⁴.

¹³¹ Elencando os pressupostos para caracterização do estado de necessidade administrativa, cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, v. I, Coimbra, Almedina, 2016, p. 127-128.

¹³² Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 237.

¹³³ Para uma perspectiva constitucional do estado de necessidade numa visão, entretanto, distinta da aqui apresentada, cf. JULIANA GOMES MIRANDA, *Teoria da Excepcionalidade Administrativa: a juridicização do estado de necessidade*, Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 39 e ss.

¹³⁴ Neste sentido, Sérvulo Correia entende que o estado de necessidade é uma “vertente ou subprincípio” do Princípio da Legalidade. Cf. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Revisitando o estado de necessidade...*, p. 723.

Nesta perspectiva, a incidência da legalidade ordinária em peculiares casos excepcionais pode levar à agressão ou a ausência de proteção de relevante bem constitucional, hipótese em que deve ser reconhecida a inconstitucionalidade em concreto do dispositivo legal, que deve ser episodicamente afastado como forma de dar cumprimento à Constituição.

De fato, os elementos citados como requisitos para configuração do estado de necessidade são, assim, balizas ponderativas que se tem em respeito ao princípio da legalidade. Em outros termos, o ordenamento positivo não pode ser afastado corriqueiramente e só o deve ser caso não haja solução legal que salvaguarde de forma constitucionalmente satisfatória o bem protegido.

Como se verifica, o estado de necessidade administrativa é hipótese de exceção à legalidade positiva, sem que, com isso, esteja-se diante de uma atuação contrária à juridicidade, de modo que convivem na ordem jurídica uma legalidade ordinária e uma extraordinária¹³⁵.

O estado de necessidade é, desta forma, o reconhecimento e o meio que habilita a solução de uma insuficiência do sistema positivo administrativo para a adequada resolução do caso, o que permite afirmar que o estado de necessidade funciona quando há uma lacuna administrativa.

As lacunas do estado de necessidade se caracterizam não pela ausência absoluta de lei, mas pela ausência de dispositivo que não proteja a situação excepcional em que se encontra o bem jurídico a ser protegido.

A peculiaridade das lacunas que se encontram nos casos de estado de necessidade é que, enquanto comumente se pensa em lacunas diante da ausência de norma para regular determinado caso – o que, a rigor, não é sua conceituação adequada como explanado na introdução –, nas hipóteses de estado de necessidade há um dispositivo aplicável ao caso; contudo, sua incidência não gera um resultado que proteja adequadamente o bem jurídico.

O estado de necessidade é, então, o reconhecimento da insuficiência do Direito positivo, não porque inexiste uma norma para o caso, mas porque tal norma, destinada a

¹³⁵ A natureza de exceção à legalidade ou de uma legalidade extraordinária do estado de necessidade é objeto de vasta divergência. Para uma visão ampla do tema, cf. JULIANA GOMES MIRANDA, *Teoria da Excepcionalidade Administrativa...*, p. 109 e ss.

regular ordinariamente a Administração, não traduz a correta solução para o caso, notadamente diante do influxo das normas constitucionais¹³⁶.

Em outros termos, nesta hipótese as lacunas existem não por ausência absoluta de norma, mas pela inexistência de norma que excepcione a normatividade ordinária. Assim, o estado de necessidade pode ser caracterizado pela existência de uma lacuna da norma de exceção.

3.6 – Lacunas no regime da ilegalidade administrativa

A ocorrência de lacunas é um fenómeno da juridicidade que, ao participar da construção da norma do caso, é utilizada para verificar se uma conduta está em acordo ou em desacordo com o Direito. Assim, as lacunas auxiliam a delimitar a fronteira do que é legal e, por consequência, do que é ilegal.

Contudo, para além da verificação ordinária de legalidade, algumas categorias se desenvolveram com o escopo específico de controle de legalidade de condutas administrativas, desenvolvimento este que se deu em razão do ordenamento positivo não possuir solução adequada às exigências da juridicidade para alguns tipos de casos.

3.6.1 – Inexistência jurídica

A existência da figura da inexistência jurídica no Direito Administrativo, que teve sua construção a partir da teoria da inexistência no Direito Privado¹³⁷, foi objeto de divergência na doutrina administrativa portuguesa, tendo obtido maior consenso doutrinário por força da entrada em vigor do CPA de 1991 (e posteriormente o Código de

¹³⁶ É o que Manuel Atienza denomina de lacuna axiológica. Cf. MANUEL ATIENZA, *Curso...*, p. 232.

¹³⁷ Cf. ROGÉRIO GUILHERME EHRHARDT SOARES, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra Editora, 1955, p. 289.

Processo nos Tribunais Administrativos – CPTA) que expressamente mencionava a figura¹³⁸.

A inexistência jurídica deve ser diferenciada da inexistência material. Enquanto a inexistência material se qualifica como um não ato, a inexistência jurídica é um ato (aparente) da Administração, ainda que o grave desvalor que lhe é ínsito o torne meramente aparente.

Se a existência da inexistência atingiu maior consenso doutrinário em Portugal, já não se pode dizer o mesmo de seu conceito e conteúdo. Para fins didáticos, é possível dividir a posição da doutrina administrativa em dois grupos: aqueles que defendem (ou defendiam) que a inexistência abrangeria apenas violações a aspectos orgânicos e formais¹³⁹ e aqueles que defendem também a ocorrência de inexistência por violações materiais¹⁴⁰.

A inexistência pode ser conceituada como o ato da Administração que não goza de requisitos mínimos de identificabilidade. A mera ausência de certos elementos do ato não basta para que seja configurada a inexistência, posto que é preciso que os elementos ausentes sejam tais que impeçam a identificação deste como ato da Administração¹⁴¹. Além da hipótese acima, de inexistência “direta”, a inexistência pode ser também “derivada” da aplicação de lei inexistente¹⁴².

A ausência de identificabilidade de um ato pode decorrer tanto de aspectos orgânicos (ligados ao órgão/ente), formais (ligados à maneira como o ato se exterioriza) ou materiais (ligados à grave violação material da legalidade). A inclusão de violações materiais à juridicidade tem sido objeto de críticas por parte da doutrina ao argumento de que a identificabilidade de um ato se prende apenas com as questões formais e orgânicas¹⁴³. Essa, contudo, não parece ser a melhor posição. Para além da questão da

¹³⁸ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Inexistência jurídica*, in: Dicionário Jurídico da Administração Pública, v. 5, José Pedro Fernandes (Diretor) e Afonso Rodrigues Queiró (Consultor da Direção), 1993, p. 241.

¹³⁹ Neste sentido, cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, Tomo I: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*, 2. ed., Coimbra Editora, 2ª edição, 2006, p. 193 e ss.

¹⁴⁰ Defendendo a existência da inexistência por violação material e demonstrando a mudança de sua posição anterior, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico...*, Lisboa, 1988, p. 167 e ss.

¹⁴¹ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico...*, p. 159-160.

¹⁴² Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 1033.

¹⁴³ Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça...*, Tomo I, p. 194 e ss.

exteriorização orgânica/formal, violações graves à juridicidade que não se enquadram como nulidades também geram a impossibilidade de reconhecimento de um ato como da Administração, porque a depender do vício a juridicidade (e ele há de ser grave) um ato não pode ser identificado como ato público¹⁴⁴.

O regime jurídico da inexistência, que muito se assemelha ao da nulidade, é construído como se o ato não tivesse sido praticado (não existisse) e envolve a não produção de efeitos jurídicos *ab initio*, não vinculação da Administração ao ato, impossibilidade de sanção (em sentido amplo), ausência de necessidade de declaração jurisdicional, não vinculação ao princípio do respeito aos casos julgados, inexecutoriedade das decisões públicas, cessação do dever de obediência pelo agente administrativo e possibilidade de utilização do direito de resistência pelos cidadãos¹⁴⁵. Conquanto essa seja a regra, é possível o reconhecimento de certos efeitos ao ato inexistente por força da aplicação de princípios constitucionais ligados à tutela da boa-fé e segurança jurídica¹⁴⁶.

O novo CPA, porém, deixou de fazer qualquer menção à inexistência jurídica, o que poderá ensejar o renascimento da discussão sobre a subsistência da inexistência jurídica. Embora o legislador pudesse ter regulado a inexistência como desvalor máximo do ato da Administração, a ausência de previsão legal no CPA não impede seu reconhecimento¹⁴⁷, seja em função da falta de elementos mínimos para caracterização do ato, o que tem permitido a parte da doutrina que já se manifestou sobre o novo CPA defender que o artigo 155º, n.º 2 do CPA deve ser utilizado como parâmetro para a

¹⁴⁴ Esta concepção não deixa de ser, em alguma medida e de forma bastante qualificada, tributária da teoria dos atos *ultra vires*.

¹⁴⁵ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico...*, p. 185; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça...*, **Tomo I...**, pág. 207; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A nulidade administrativa: essa desconhecida*, in: Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Augusto de Athayde, João Caupers e Maria da Glória F.P.D. Garcia (Orgs.), Coimbra, Almedina Editora, 2010, p. 775, sendo que o último autor trata do regime da nulidade, mas afirma que o regime é “mais próprio da inexistência do que de uma invalidade” (pág. 775).

¹⁴⁶ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 1035. Defendendo a reserva do possível como limite a não produção de efeitos do ato inexistente, cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça...*, **Tomo I**, p. 206 e ss;

¹⁴⁷ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, v. II, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal, Coimbra, Almedina, 2016, p. 364.

inexistência¹⁴⁸, seja em razão do conteúdo dos bens, valores e interesses violados, o que lhe concede estatura constitucional¹⁴⁹.

A reforçar a existência da inexistência está o fato de que a reforma do CPTA, que entrou em vigor posteriormente ao CPA, contemplou de maneira expressa a figura da inexistência jurídica em diversos dispositivos¹⁵⁰. Sendo norma posterior ao CPA, resta evidente que o ordenamento jurídico continua contemplando a figura da inexistência jurídica administrativa, devendo ser dado algum conteúdo à disposição¹⁵¹.

A Constituição portuguesa prevê a hipótese de inexistência de lei e atos¹⁵² em razão de graves vícios¹⁵³, o que permite a aplicação por analogia da inexistência no Direito Administrativo. Ora, seria incoerente que o Direito Público admitisse que vícios semelhantes gerassem inexistência no Direito Constitucional, e não no Direito Administrativo. Para além desta característica, os atos da Administração tomados com base na lei inexistente seriam inexistentes por consequência da inexistência superior (inexistência derivada).

No Brasil, o regime legal das invalidades, presente nos artigos 53 e 54 da Lei 9.784/99, é centrado em apenas um tipo de invalidade, que abarca de forma ampla as condutas ilegais da Administração e que se submete a prazo prescricional de cinco anos. A doutrina brasileira diverge sobre a existência de uma distinção entre atos anuláveis, que admitem alguma forma de convalidação, e atos nulos, que não admitem convalidação¹⁵⁴. No que concerne à inexistência, parte da doutrina brasileira tem reconduzido à categoria de atos nulos e uma parte reconhece função autônoma ao argumento de que os atos inexistentes não admitiriam a produção de efeitos sob qualquer hipótese, ao contrário dos

¹⁴⁸ Neste sentido, cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: o novo regime do código de procedimento administrativo*, Coimbra, Almedina, 2016, págs. 262 e ss.

¹⁴⁹ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 1034.

¹⁵⁰ V. artigos 2.º, n.º 2, alínea a); 4.º, n.º 2, alíneas a), d), e); e 50.º, n.º 4 do CPTA.

¹⁵¹ Neste sentido, cf. ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, TIAGO SERRÃO, MARCO CALDEIRA E JOSÉ DUARTE COIMBRA, *Questões fundamentais para a aplicação do CPA*, Almedina, 2016, p. 243.

¹⁵² No texto constitucional, a inexistência aparece nos artigos. 137.º; 140.º, n.º 2; 172.º, n.º 2; e 113.º, n.º 6 da Constituição da República Portuguesa.

¹⁵³ Para uma perspectiva constitucional da inexistência, cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça..., Tomo I.....*, p. 205 e ss.

¹⁵⁴ Neste sentido, cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 277.

atos nulos aos quais se admite, excepcionalmente em nome da boa-fé e segurança jurídica, a produção de certos efeitos¹⁵⁵.

Em ambos os regimes jurídicos, não há uma previsão sobre a existência e o regime do desvalor inexistência jurídica, mas a partir da insuficiência do sistema positivo, que não tutela adequadamente a proteção contra certos atos (aparentes) da Administração, desenvolveu-se teoria que reconhecia esta categoria autônoma e estabelecia as principais características de seu regime jurídico.

Com efeito, acaso não reconhecida a inexistência, certas condutas de grave violação à juridicidade seriam reconduzidas ao tratamento ordinário das invalidades, o que não garantiria um grau de proteção condizente com a violação praticada¹⁵⁶.

O reconhecimento da inexistência é, assim, a percepção de uma lacuna no sistema positivo administrativo, que deu vida a uma autônoma categoria de desconformidade à juridicidade e compôs seu regime, tudo na ausência de previsão expressa no Direito positivo.

3.6.2 – Teoria do desvio de poder

A teoria do desvio de poder surge em França como forma de aumentar as possibilidades de controle contencioso dos atos da Administração. Para além de uma perspectiva meramente formalista das invalidades, a teoria foi exitosa em construir um meio de controle que permitia verificar a atuação administrativa que, embora tivesse uma

¹⁵⁵ Para uma visão ampla da doutrina brasileira sobre o tema, cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 495 e ss.

¹⁵⁶ Em sentido semelhante, coloca-se a questão da existência de “nulidades por natureza”, que, apesar de não possuírem previsão legal expressa, podem ser reconhecidas em razão da gravidade do ato ilegal e de como sua recondução ao regime da anulabilidade seria inadequada diante da necessidade de “coerência e unidade do sistema jurídico”. Neste sentido, cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 638. Assim, tal como a inexistência, o reconhecimento da categoria “nulidades por natureza” é o resultado da solução de uma lacuna no regime das invalidades. Em sentido contrário, sobre a inexistência de nulidade por natureza, cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral...*, p. 272-273.

conformidade aparente com a legalidade, havia sido praticada contra a finalidade legalmente estabelecida¹⁵⁷.

O desvio de poder se caracteriza, assim, por ser uma conduta administrativa praticada em violação à finalidade legal. De fato, ao alargar a margem de apreciação de legalidade que se tinha até então, a teoria do desvio de poder nega uma leitura apenas formal do ordenamento e caracteriza a invalidade de ato que é praticado para o atingimento de finalidade diversa da estabelecida¹⁵⁸.

No exercício de competências administrativas, o agente não é dotado de plena liberdade. Ao contrário, deve agir para satisfazer o interesse público, no modo estabelecido pelo Direito, de maneira que a atuação com finalidade distinta da legal traduz uma ilegalidade na conduta administrativa¹⁵⁹.

A finalidade distinta da legal de que trata a teoria do desvio de poder comporta tanto a prática de atos para satisfação de interesses meramente privados ou mesmo de atos em que o fim almejado seja de interesse público (numa perspectiva ampla), mas que: (i) tenha sido praticado por agente que não deveria perseguir tal finalidade¹⁶⁰; ou (ii) por meio de instrumento que não se destina ao atingimento da finalidade que de fato levou à prática do ato¹⁶¹.

A teoria do desvio de poder encontra hoje respaldo legal no artigo 161º, n.º 2, alínea e), do CPA, sem que haja uma tal previsão no Brasil, que utiliza a teoria retirando

¹⁵⁷ Cf. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1940, p. 63 e ss.

¹⁵⁸ Para Hauriou, o desvio de poder controla a conduta prática contra a moralidade administrativa, conceito que vai além da perspectiva restrita de legalidade que se tinha até então. Cf. MAURICE HAURIOU, *Précis...*, 1914, p. 457.

¹⁵⁹ Cf. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder...*, p. 72.

¹⁶⁰ Há aqui um campo de proximidade com a incompetência, mas, como o agente é formalmente competente para a prática do ato, quando a conduta viola as finalidades que deveria perseguir é possível caracterizar o desvio de poder. A rigor, numa visão ampla, toda atuação contrária à finalidade legal violaria a regra de competência, uma vez que ela não foi atribuída ao agente para, por exemplo, perseguir interesse privado. Assim, enquanto a incompetência se verifica no plano formal, o desvio de poder se caracteriza pela violação teleológica da finalidade legal. Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 529.

¹⁶¹ Cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, v. I..., p. 513; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, v. II..., p. 348-349.

seu fundamento de uma leitura geral do ordenamento jurídico, aliada à sua construção histórica e doutrinária¹⁶².

Como se verifica, a teoria do desvio de poder tem um nascimento tipicamente lacunoso e assim sobrevive até hoje no Brasil, uma vez que não se encontra no sistema positivo brasileiro previsão expressa para seu reconhecimento. Como a história demonstra, o adequado controle da Administração passa pela adoção de um instrumento de controle de conformação entre a finalidade legal e a que efetivamente deu ensejo a prática do ato. A ausência no sistema positivo brasileiro de tal previsão demonstra, assim, a ocorrência de uma lacuna no campo do controle dos atos da Administração.

3.6.3 – Teoria dos motivos determinantes

Em função da atuação administrativa ter sempre fundamento na juridicidade, a depender da natureza do ato é preciso que a Administração explicita os motivos de seu agir, demonstrando o substrato fático-legal que dá suporte à sua conduta.

Como a norma do caso é aquela que surge da mediação sistema e problema, ou seja, como a norma que regulará o caso já é o produto da interpretação, sua validade depende da manutenção do substrato fático que deu origem à sua concretização.

Assim, acaso esse substrato não se verifique, porque os motivos que levaram à prática do ato são inverídicos ou inexistentes, a conduta administrativa estará viciada, o que se designou de teoria dos motivos determinantes¹⁶³.

Conforme afirma Paulo Otero, a “correta configuração ou apreensão da situação de facto condiciona sua apreciação jurídica e, num momento subsequente, todo agir administrativo se torna ‘refém’ de tais pressupostos”¹⁶⁴.

Mesmo nos casos em que a motivação não se faz necessária, acaso reste consignado o motivo que levou à prática do ato, este se vincula aos motivos que levaram à sua

¹⁶² Cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*..., p. 414-415.

¹⁶³ Cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso ...*, v. I..., p. 515 e ss.

¹⁶⁴ Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*..., p. 512.

prolação, de maneira que a posterior verificação de sua insubsistência gera a invalidade do ato da Administração¹⁶⁵.

A teoria dos motivos determinantes é um mecanismo de controle desenvolvido sem que haja previsão legal expressa neste sentido. Foi da necessidade de controlar condutas que desbordavam de uma leitura menos formal da legalidade que surgiu este instrumento.

É, portanto, de uma lacuna do sistema legal positivo de controle da Administração que surge a teoria dos motivos determinantes.

3.7 – Conclusões parciais

A submissão do Direito Administrativo à legalidade se deu como forma de fuga ao controle externo e isento feito pelo Poder Judiciário, fruto da heterodoxa interpretação da separação de poderes que se adotou. A função garantística que a legalidade deveria desempenhar é, assim, sobremaneira solapada em razão do nascimento do Direito Administrativo em França.

Como consequência, o contencioso administrativo, notadamente o Conselho de Estado francês, exerceu relevante papel criativo em diversos institutos jurídico-administrativos que moldaram o conteúdo da legalidade administrativa.

Não há substancial diferença entre a ocorrência de lacunas no Direito Privado e no Direito Administrativo; o princípio da autonomia privada e a legalidade administrativa não estabelecem um caminho determinado quando verificada uma lacuna, ainda que as diferenças entre a legalidade administrativa e a privada influenciem na interpretação (integração) e, destarte, condicionem a norma que resultará da integração da lacuna.

O Direito Privado não regula e não é aplicável diretamente quando se está diante de uma situação que convoque o Direito Administrativo, que goza da qualidade de direito comum da Administração, o que não significa a impossibilidade de utilização de dispositivos localizados em leis tidas como privadas, especialmente: (i) porque podem ser destinados ao regime Administrativo, ainda que topograficamente esteja situado em lei

¹⁶⁵ Cf. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 140.

nomeadamente privada; (ii) porque o dispositivo pode dispor sobre Direito Comum, aplicável a todos os ramos do Direito; (iii) porque é possível a aplicação de dispositivo que tradicionalmente se compreende como privado quando exista norma (ainda que não expressa) que habilite sua utilização ou que a interpretação do ordenamento administrativo convoque a reconfiguração do sentido tradicional do dispositivo para que este passe a compor a juridicidade administrativa, situação em que a norma final será ainda assim uma norma de Direito Administrativo (ou administrativizada).

A negação da existência de lacunas em normas taxativas ou formadas por um sistema de regra geral e regra excepcional é lastreada na pretensa lógica formal de que, em respeito à vontade do legislador, tudo o que não estiver no rol taxativo está fora da norma e tudo que não se enquadrar na norma excepcional recai na norma geral. Não obstante, tal concepção parte da premissa de que os dispositivos legais têm sentidos inatos e imutáveis, hipótese já desconstruída na introdução. A insuficiência do sistema positivo para a adequada solução do caso pode ocorrer mesmo nesses tipos legais, sendo necessário, contudo, que a peculiaridade natural desses sistemas seja considerada no momento da verificação e solução de lacunas.

O mesmo ocorre em normas de tipicidade fechada e de Direito Sancionador, em que se tem negada a ocorrência de lacunas em prol da defesa dos valores segurança e previsibilidade. No entanto, a concepção de que exista norma já com campo de incidência definido antes da interpretação incide na confusão entre texto e norma, bem como pretende uma imutabilidade histórica dos conceitos.

Assim, mesmo que excepcionalmente a modificação do contexto histórico possa ensejar a alteração de significados que até então eram tipicamente aceitos para determinado dispositivo, a ocorrência de lacunas não vulnera o princípio da legalidade penal. Apesar disso, a interpretação deve ser feita tendo especial cuidado com a necessidade de salvaguardar a segurança e previsibilidade inerente a esses tipos legais e adotar significado que permita sua recondução ao dispositivo penal e, ainda, a atribuição de novo significado ao tipo penal deve ser compatível com o sistema e replicável para casos análogos.

O estado de necessidade, ao afastar a legalidade ordinariamente vigente para solucionar o caso pautado em norma excepcionalmente criada, demonstra que é a expressão de verdadeira lacuna que se caracteriza pela insuficiência da norma positiva ao

não estabelecer hipótese de exceção, que deveria haver para a adequada solução do peculiar caso.

Por fim, para além do natural controle de legalidade inerente a toda construção normativa, que define se há conformidade com o Direito, algumas categorias jurídicas especificamente voltadas ao controle dos atos da Administração possuem nítida origem lacunosa, tais como: a teoria dos atos da Administração inexistentes, a teoria do desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes.

Conclui-se, portanto, que inexiste campo na legalidade administrativa que não apresente lacunas, sendo certo que cada hipótese possui peculiaridades próprias que balizarão tanto a ocorrência quanto a solução de lacunas.

CAPÍTULO 2

4 – Lacunas e regras de competência

Em razão de peculiaridades próprias, a investigação da relação das lacunas com as regras de competência merecem um desenvolvimento apartado da legalidade em geral. O que se pretende neste capítulo é, assim, investigar os problemas ligados às lacunas e às especificidades da regra de competência.

As regras de competência conferem ao agente o poder de emanar atos¹⁶⁶, habilitando e ao mesmo tempo limitando sua atuação. Em razão de atribuir a possibilidade para prática de certos atos, que potencialmente atingem a esfera jurídica de terceiros, há uma natural preocupação com o perigo no exercício abusivo da competência.

Por outro lado, ao delimitar as hipóteses possíveis de atuação, a regra de competência garante que o agir será feito dentro de parâmetros estabelecidos e que, caso seu exercício desborde dos limites conferidos ao agente, o ato dele proveniente sofrerá um desvalor jurídico.

A atribuição de competência também se presta ao favorecimento do exercício de atividades de forma especializada. Ou seja, ao conferir a competência para prática de determinada atividade a um agente (em sentido amplo), permite-se que ele desenvolva expertise em sua área de atuação, o que tem o condão de gerar, como consequência, resultados qualitativamente superiores. Outrossim, determinadas atividades em razão de sua complexidade só podem ser desempenhadas por pessoal com qualificação específica¹⁶⁷.

A interação das lacunas com as regras de competência desafia a análise de duas questões centrais, que dizem respeito aos limites da regra de competência e ao exercício da competência. Assim, a investigação se desenvolverá analisando os diversos modos de manifestação da competência, como as lacunas se relacionam com a própria regra de competência e com o resultado de seu exercício.

¹⁶⁶ Na frase, os termos “agente” e “ato” devem ser considerados em sentido amplo.

¹⁶⁷ Notadamente sobre a especialização da Administração Pública, cf. PAULO OTERO, *Manual...*, 2014, p. 450 e ss.

De forma ampla, três tipos distintos de regras de competência serão investigados: a competência parlamentar; a competência decorrente da descentralização político-administrativa; e a competência administrativa.

4.1 – Lacunas e a competência parlamentar

A competência do Parlamento para emanar leis é uma decorrência do princípio da separação de poderes, que foi concebido para diminuir o perigo de tirania que ronda quem acumula todas as funções do Estado¹⁶⁸.

A divisão de poderes foi o mecanismo idealizado para que as funções essenciais do Estado fossem repartidas de modo a diluir o exercício do poder¹⁶⁹. Ainda, o princípio da separação de poderes incorpora a noção de freios e contrapesos, pela qual os Poderes se controlam reciprocamente, dificultando que faticamente um Poder exerça suas atribuições de modo a solapar as competências dos demais Poderes.

Avulta importância também o conteúdo democrático inerente ao exercício da competência parlamentar, que, por meio da representação indireta, escolhe as decisões essenciais que regularão elementos da vida em sociedade¹⁷⁰.

É preciso, porém, rememorar que, quando o Parlamento exerce sua competência e aprova uma nova lei, ele não cria uma norma final, acabada e pronta para regular definitivamente a conduta, tal como demonstrado na introdução. A lei é um (importante) dado do sistema que deve ser considerado em conjunto com os demais elementos no momento da interpretação.

O Parlamento é o protagonista na alimentação do sistema jurídico positivo ao constantemente editar e revogar leis, mas não atua com exclusividade, porque também o

¹⁶⁸ Como afirma Montesquieu: “tudo estaria perdido se o mesmo homem... exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes e as querelas entre os particulares”. Cf. MONTESQUIEU, *O espírito das leis...*, p. 168.

¹⁶⁹ A fim de demonstrar a necessidade de uma leitura moderna do princípio da separação de poderes, em especial considerando novas demandas da sociedade e outros poderes que não os tradicionalmente incorporados na divisão tripartite de Montesquieu, cf. BRUCE ACKERMAN, *Adeus, Montesquieu*, in: RDA – Revista de Direito Administrativo, tradução de Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, Rio de Janeiro, v. 265, jan.-abr. 2014, p. 16 e ss.

¹⁷⁰ Cf. JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, p. 88 e ss.

Poder Executivo é dotado de (excepcionais)¹⁷¹ competências normativas com a mesma equivalência de lei, além de poder receber delegação para edição de leis, bem como a Corte Constitucional, que, no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, altera o sistema positivo quando retira dispositivos inconstitucionais ou mesmo quando modula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Há ainda que se incluir as fontes do Direito que não provêm do poder político estabelecido, como se verá oportunamente no próximo capítulo.

A competência do Parlamento é limitada à inclusão de dados normativos no sistema e não se destina à produção da norma do caso, que decorre da atuação do intérprete que utiliza para tanto, também, mas não exclusivamente, o sistema jurídico positivo.

Assim, quando se verifica que o sistema positivo é imperfeito para a adequada realização do Direito, não há um conflito com a regra de competência do Parlamento, mas apenas a busca pela exteriorização da correta expressão normativa. É, desta forma, inviável considerar que o reconhecimento legítimo de uma lacuna viola a regra de competência parlamentar, pois a interpretação – local em que se inserem as lacunas – e a introdução de leis no sistema funcionam em momentos e com fins distintos.

Como se viu, mesmo na perspectiva de extremo apego da teoria positivista voluntarista, reconhece-se que o sistema positivo é imperfeito e, por isso, dotado de lacunas que precisam ser solucionadas.

Conclui-se, portanto, que, se utilizado corretamente, o reconhecimento de lacunas não vulnera a competência parlamentar. Apesar disso, é inegável que a interpretação caso utilizada de forma equivocada, pode ensejar a violação da regra de competência parlamentar quando indevidamente adentra em seu campo.

Mesmo que seja inviável estabelecer um parâmetro rígido de interpretação para que se respeite a regra de competência, algumas balizas podem ser levantadas em auxílio neste proceder.

¹⁷¹ A realidade política brasileira demonstra, entretanto, que a prática da edição de medidas provisórias, que gozam de força de lei, pelo presidente não tem sido excepcional; ao contrário, constantemente a produção legal tem sido conduzida por tal excepcional instrumento.

4.1.1 – Levando a regra de competência parlamentar a sério

É um grave equívoco acreditar que o sistema positivo é desimportante para a adequada realização do Direito. O fato de a norma do caso não se encontrar acabada abstratamente no ordenamento positivo, de o caso ser um dado fundamental para construção normativa e de o intérprete ser o mediador entre o caso e o sistema para dar concretude à norma não confere ao intérprete a prerrogativa de abandonar o sistema positivo.

A perspectiva criativa do intérprete no que concerne à norma do caso não é o de uma livre criatividade¹⁷²; ao contrário, o sistema impõe limites e condicionamentos que devem ser observados para a criação da norma do caso. O total desapego do texto gera a absoluta ausência de unidade no Direito, em razão de permitir que a criação da norma se dê em qualquer sentido, bem como é profundamente arbitrária, centrada na concepção pessoal do intérprete¹⁷³.

A discricionariedade interpretativa é um perigo constante no Direito, fruto de sua natural abertura e necessidade de concretização caso a caso. Não é sem motivo que Kelsen, diante da impossibilidade de determinar logicamente a correção da aplicação da norma, excluiu de sua teoria exatamente a aplicação do Direito no caso concreto, relegando ao campo da política do Direito esta etapa¹⁷⁴, postura que, não obstante, não resolve o grave problema da discricionariedade interpretativa, antes aceita como algo inerente ao Direito.

Ainda que o desapego ao sistema e o decisionismo, que consequentemente advém desta conduta, tenha sido sempre uma ameaça ao Direito, a ascensão do constitucionalismo e da teoria dos princípios permitiram que se conferisse um véu de legitimidade a esta indevida conduta.

¹⁷² Como afirma LENIO LUIZ STRECK, “não se pode atribuir qualquer sentido a qualquer texto”, *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 320.

¹⁷³ Cf. LENIO LUIZ STRECK, *O que é isso...*, p. 93 e ss.

¹⁷⁴ Cf. HANS Kelsen, *Teoria pura do Direito...*, p. 251.

A partir da segunda metade do século XX, ganhou força o movimento de reconhecimento das constituições como instrumentos que gozam de “força normativa”¹⁷⁵ e que, por consequência, devem ser encaradas efetivamente como normas jurídicas aplicáveis, aptas a resolver casos e, especialmente, para funcionar como instrumento de controle de leis.

Aliado a este movimento e considerando que as constituições possuem muitos dispositivos que instituem fins e valores a serem alcançados, fez-se necessário o desenvolvimento de teoria que reconhecesse aplicabilidade jurídica para estes tipos legais, o que culminou com o desenvolvimento de uma teoria normativa sobre os princípios e como estes são aplicáveis.

A par das inúmeras divergências sobre variados aspectos da teoria dos princípios¹⁷⁶, pode-se considerar amplamente consensual que os princípios possuem uma baixa descritibilidade da conduta regulada, que são normas eminentemente finalísticas e que convivem colidindo com outros princípios jurídicos, de modo que é preciso adotar um mecanismo de solução de tais conflitos.

Os princípios, que são dotados de uma grande abertura semântica, são tipos que facilitam sua captura pelo intérprete, dando margem para utilização em prol da imposição de concepções morais próprias, sendo possível e comum que um mesmo princípio seja utilizado para defesa de posições antagônicas¹⁷⁷.

Ainda que não exista hierarquia entre princípios e regras, concorrendo em determinado caso um princípio e uma regra jurídica¹⁷⁸, as regras devem ser privilegiadas,

¹⁷⁵ Cf. KONRAD HESSE, *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes (título original DIE NORMATIVE KRAFT DER VERFASSUNG), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, *passim*.

¹⁷⁶ A questão central é o debate sobre a distinção entre princípios e regras. Sobre o ponto, cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, v. I, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 279 e ss.; JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 1034 e ss.; HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios...*, p. 26 e ss.

¹⁷⁷ Demonstrando como a utilização antagônica acaba por enfraquecer a força normativa do princípio, cf. BERTRAND MATHIEU, *Reflexões sobre o papel dos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional*, tradução de Elizabeth Lopes e Ana Marta Cattani de Barros Zilveti, in: *Direito Constitucional, estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Dialética, São Paulo, 1999, p. 29.

¹⁷⁸ A distinção entre regras e princípios funciona apenas como auxílio inicial na criação normativa, como um mecanismo que facilita o processo interpretativo, para que, ao final, surja a norma definitiva do caso.

uma vez que demonstram com maior descrição o juízo de valor levado a cabo pelo Parlamento ou pelo Poder Constituinte¹⁷⁹. Ou seja, as regras demonstram de forma mais clara para onde apontam as soluções intencionadas democraticamente pelo sistema jurídico¹⁸⁰.

Não se pode com isso afirmar de modo absoluto que as regras sempre prevalecerão diante de um princípio. Em casos excepcionais, e a teoria do estado de necessidade administrativo bem demonstra o ponto, as regras terão de ceder diante de um princípio¹⁸¹. A excepcionalidade do evento, todavia, demonstra como as regras, quase sempre, gozam de um grau maior de força.

Assim, a utilização de um princípio para afastar uma regra que regula o caso deve ser feita de forma absolutamente excepcional. A utilização excessiva de princípios contra regras incorre no risco de, a pretexto de se estar realizando interpretação, impor a visão pessoal do intérprete sobre determinado assunto. A qualidade de determinada regra, se ela é boa ou ruim em termos políticos, não é atribuição do intérprete, que deve se submeter às opções legitimamente presentes no sistema jurídico.

Confirmando essa assertiva, veja-se que mesmo a teoria maximalista dos princípios como a proposta por Alexy é deferente à competência do Parlamento. Sua conceituação como mandados de otimização¹⁸², que almejam uma incidência máxima e que no caso de colisão devem ser ponderados para saber em que medida cada princípio prevalecerá, em último grau, poderia levar à desconsideração da competência parlamentar, afinal como cada princípio almeja uma incidência máxima, é o resultado da ponderação realizada pelo intérprete que determinará a solução do caso. Contudo, o autor defende que havendo

¹⁷⁹ Sobre a preferência das regras em relação aos princípios, cf. ANA PAULA DE BARCELLOS, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 165 e ss.

¹⁸⁰ Este fato é facilmente verificável quando se constata que as constituições ao lado de princípios que, em tese, já tutelariam os bens, também possuem regras para a defesa dos mesmos bens. É o que ocorre, por exemplo, com o princípio da dignidade humana e a regra que proíbe a tortura. Ainda que a vedação à tortura já pudesse ser extraída da dignidade, o constituinte, para afastar dúvida, inclui uma regra que deixa clara sua posição sobre aquele específico ponto.

¹⁸¹ As regras podem não ser legitimamente aplicadas quando presente sua hipótese por inúmeros fatores, como, por exemplo, quando sua aplicação vai contra a própria teleologia da norma, e não só em razão de um princípio. A respeito, cf. HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios...*, p. 43 e ss.

¹⁸² Cf. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, tradução de Ernesto Garzón Valdés (do original THEORIE DER GRUNDRECHTE, 1986), Madrid, editado por Centro de Estudos Constitucionais, 1993, p. 86.

“empate” na ponderação deve ser respeitada a escolha feita pelo Parlamento, prestigiando, portanto, um espaço de atuação legislativa¹⁸³⁻¹⁸⁴.

Na verdade, a insuficiência do direito positivo não pode ter a ver com as opiniões individuais do intérprete. Neste caso, não há uma lacuna, e sim o decisionismo, o abuso na utilização da interpretação. Não é preciso (re)afirmar que as escolhas que pautam a comunidade devem provir de uma instância democrática (especialmente do Parlamento), e não das concepções pessoais do intérprete.

A interpretação só será legítima se efetuada considerando o texto, leia-se o significado que lhe é atribuído pela comunidade. Não é legítimo que se atribua um significado qualquer ao texto, medida que revela desrespeito ao seu conteúdo democrático inerente ao Estado de Direito democrático. Assim, a interpretação que leve a regra de competência a sério deve respeitar o texto, que não é um bem acabado, mas um projeto ao qual a norma do caso deve poder ser reconduzível.

A utilização dos princípios como instrumento para que o intérprete possa dizer qualquer coisa não é adequada. Mesmo diante de tal obviedade, é comum que se verifique no cotidiano esse desvio.

A utilização adequada dos princípios não coloca à disposição do intérprete um oceano de possibilidades; ao contrário, apesar de sua abertura semântica, os princípios apontam para uma direção e, se utilizados com os demais elementos do sistema jurídico, estreitam os limites possíveis de decisão, porque condicionam os potenciais significados atribuíveis a determinado dispositivo que sejam compatíveis com ele¹⁸⁵.

Em síntese, o reconhecimento de uma lacuna, de que o direito positivo é insuficiente para adequada realização das exigências da juridicidade, não viola a regra de competência parlamentar por simplesmente funcionar em momento distinto. O que pode violar a regra de competência parlamentar é a concepção que liberta o intérprete, que coloca a interpretação como um fator de discricionariedade e que, à vista disso, não

¹⁸³ Cf. ROBERT ALEXY, *Direitos fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, tradução de Paulo Pereira Gouveia, in: O Direito, Lisboa, A. 146, n.º 4 (2014), Almedina, p. 823.

¹⁸⁴ A partir da teoria de Alexy, Virgílio Afonso da Silva afirma que a regra de competência parlamentar deve ser considerada na ponderação e deve prevalecer se o cenário for o de “existência de premissas incertas”. Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais*, in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, v. 3, Coimbra, 2012, p. 927 e ss.

¹⁸⁵ Cf. LENIO LUIZ STRECK, *Verdade e consenso...*, p. 166.

reconhece a relevância do texto. Quando a regra de competência é levada a sério, o reconhecimento de uma lacuna é apenas o modo natural de realização do Direito.

4.1.2 – Regra de competência, inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção

Que a competência parlamentar deve ser respeitada pelo intérprete é de uma obviedade democrática que não demandaria do constituinte maiores explicações. Apesar disso, para garantir a observância de tal norma, foi-se além e, mesmo para os casos mais graves de violação constitucional por omissão legislativa, não se autorizou que a Corte Constitucional atuasse em substituição ao Poder Legislativo¹⁸⁶.

A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o Parlamento, ou outro órgão com competência normativa, não edita lei para regulamentar o exercício de algum dispositivo constitucional que dependa de tanto para sua exequibilidade¹⁸⁷.

Nestes casos, a “sanção” que o Tribunal Constitucional pode atribuir em razão do descumprimento do dever constitucional de legislar é meramente a notificação do órgão que está inadimplente. A Constituição não autoriza qualquer consequência normativa em razão da mora, mesmo se o Parlamento permanecer inerte por décadas, não há previsão de solução que de alguma forma resolva a ausência normativa¹⁸⁸.

Na prática, o constituinte, entre o descumprimento do dever constitucional de legislar e a deferência ao princípio democrático materializado na regra de competência parlamentar, optou por, em razoável medida em detrimento das próprias escolhas, garantir a competência do órgão legislativo.

Tal ponderação foi feita em razão da necessidade de manutenção do equilíbrio entre os Poderes. Mesmo que se considere a perspectiva dos freios e contrapesos, permitir que a

¹⁸⁶ V. art.º 103º, § 2º da CRB; e artigo 283º da CRP.

¹⁸⁷ Sobre o ponto, cf. JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Constitucional: estrutura do Estado. Sistemas políticos. Atividade constitucional do Estado. Fiscalização de constitucionalidade*, v. 2, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016, p. 290 e ss.

¹⁸⁸ Criticando o fato de o sistema não propiciar proteção aos direitos fundamentais em casos de inconstitucionalidade por omissão, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 274 e ss.

Corte Constitucional legisle livremente em caso de omissão parlamentar incute um elevado risco de constante invasão do Poder Judiciário na área resguardada ao Poder Legislativo.

Ora, se o Tribunal pudesse dizer se há ou não omissão – o que numa perspectiva extrema poderia incluir, além da omissão parcial, defeitos na legislação ou qualquer tipo de baixa qualidade da norma que não permita, na concepção pessoal do julgador, o efetivo cumprimento da norma constitucional – e ao mesmo tempo tivesse a possibilidade de editar ato que suprisse a omissão e possuísse os efeitos de lei, haveria um grave perigo de sobreposição do Poder Judiciário ao Legislativo, favorecendo a tirania, exatamente o que o princípio da separação de poderes visa combater¹⁸⁹.

No ordenamento constitucional brasileiro, porém, há um instrumento intermediário que permite em alguma medida a exequibilidade da norma constitucional, sem com isso esvaziar por completo a competência do Parlamento, qual seja: o mandado de injunção¹⁹⁰. Algumas características deste instrumento processual merecem ser destacadas para compreensão do ponto.

A doutrina brasileira desde o início da vigência da Constituição de 1988 divergia sobre os efeitos possíveis do mandado de injunção. Em termos amplos, duas correntes se formaram: (i) a concretista, que entendia ser possível a atuação do STF para suprir a omissão legislativa, com base na interpretação do dispositivo que trata do mandado de injunção e sua conjugação com o “espírito da Constituição”; e (ii) a não concretista, que entendia que o STF não poderia suprir a omissão legislativa, sob pena de violação do princípio da separação de poderes¹⁹¹.

O entendimento inicialmente encampado pelo Supremo Tribunal foi pautado pelo paradigma da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o de limitar o resultado do processo à notificação do Parlamento sobre a mora legislativa¹⁹².

¹⁸⁹ Em sentido contrário, defendendo a possibilidade de, no Brasil, o Supremo, em casos de omissão constitucional, poder suprir a deficiência legislativa, cf. ADEMAR BORGES DE SOUZA FILHO, *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*, Belo Horizonte, Fórum, 2016, passim, especialmente p. 201 e ss.

¹⁹⁰ V. art. 5º, LXXI da CRB.

¹⁹¹ Sobre as correntes formadas em torno dos efeitos da decisão no mandado de injunção, cf. FLÁVIA PIOVESAN e MARIA CECÍLIA CURY CHADDAD, *Efeitos da decisão em mandado de injunção*, in: Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação, Gilmar F. Mendes, André R. do Vale e Fábio L. Quintas (Orgs.), São Paulo, Saraiva, 2013, p. 446.

¹⁹² V. Mandado de Injunção nº 107.

Passadas quase duas décadas de vigência da Constituição, o Supremo alterou sua anterior posição e admitiu que o mandado de injunção, para além de declarar a mora legislativa, poderia suprir a ausência legal, a fim de permitir a exequibilidade da norma constitucional¹⁹³. Posteriormente, entrou em vigor a Lei nº 13.300 de 2016, que regulamenta o procedimento do mandado de injunção e, em seu artigo 8º, inciso II, encampou a posição do STF de acordo com a qual, persistindo a mora legislativa, serão estabelecidas as condições para o exercício do Direito.

Ainda, o mandado de injunção possui, em geral, efeitos restritos às partes da demanda. Afirma-se que os efeitos são via de regra limitados às partes porque a regulamentação trazida pela L. nº 13.330 permite que se atribua efeitos “ultra partes”, ou *erga omnes*, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do Direito¹⁹⁴, o que também já foi reconhecido por esparsas decisões do STF¹⁹⁵. Entretanto, a atribuição de efeitos *erga omnes* em ação individual para suprir omissão legislativa acaba por aproximar demasiadamente a atuação do Supremo com a do Parlamento, sem que haja qualquer autorização na Constituição neste sentido, o que enseja violação à regra de competência do Parlamento¹⁹⁶.

De fato, ainda que seja possível extrair da Constituição um efeito concretista, ou que se considere como dentro da margem de escolha do legislador infraconstitucional o modelo a ser adotado e a escolha seja a de efetivamente permitir que o STF supra a omissão constitucional, não há fundamento para que se atribua uma ampla normatividade (geral e abstrata) ao STF, seja porque o mandado de injunção é desenhado como uma

¹⁹³ A alteração da jurisprudência do STF ocorreu em 2007, no julgamento dos Mandados de Injunção de nº 670, 708 e 712. Sobre a evolução da jurisprudência do STF, cf. DANIEL WUNDER HACHEM, *Mandado de injunção e direitos fundamentais*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 147 e ss.

¹⁹⁴ V. art. 9º, § 1º, da Lei nº 13.300.

¹⁹⁵ A atribuição de efeitos ultra partes ou *erga omnes* esbarra na dificuldade de saber o que é ser indispensável ou inerente ao exercício do direito. Para Luiz Wambier e Rita Vasconcelos, o enunciado se dirige aos direitos coletivos *lato sensu*, não sem apontar que nisso vigora certa incoerência legal, uma vez que o mandado de injunção coletivo possui um rol específico de legitimados. Cf. LUIZ RODRIGUES WAMBIER e RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS, *A propósito da proposta legislativa de nova disciplina para o mandado de injunção*, in: Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação, Gilmar F. Mendes, André R. do Vale e Fábio L. Quintas (Orgs.), São Paulo, Saraiva, 2013, p. 468-472.

¹⁹⁶ Afirmando que o efeito *erga omnes* viola o princípio da separação de poderes e que não pode ser extraído da CRB, cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português*, in: Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação, Gilmar F. Mendes, André R. do Vale e Fábio L. Quintas (Orgs.), São Paulo, Saraiva, 2013, p. 376 e ss.

demanda subjetiva, de modo que a solução deve aproveitar apenas as partes do processo, ainda que se admita um mandado de injunção coletivo, seja porque a produção de efeitos *erga omnes* a iguala ao que seria uma Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, que, por expressa disposição constitucional, não produz outro efeito senão a mera notificação do Parlamento em mora. Sob qualquer dos aspectos suscitados, a atribuição de efeitos *erga omnes* não encontra respaldo constitucional e insere uma inconstitucional interferência na competência do Parlamento.

Por fim, enquanto a Ação Direita tem como hipótese de cabimento a existência de omissão legislativa sobre qualquer norma constitucional, o mandado de injunção é restrito às omissões que impeçam o exercício “dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”¹⁹⁷. Ainda que haja divergência sobre efetivamente que normas constitucionais atrairiam o cabimento da ação, é certo que o mandado de injunção não pode ser impetrado tendo como objeto qualquer norma constitucional¹⁹⁸.

Em suma, ainda que no mandado de injunção seja possível ultrapassar a ausência legislativa, seu cabimento limitado e o efeito restrito às partes do processo (com a ressalva em relação ao efeito *erga omnes* feita anteriormente) geram uma menor tensão com a competência parlamentar, se comparado com a hipótese de a Corte Constitucional legislar de forma ampla e geral por meio de ação abstrata, o que, mais uma vez, demonstra e reforça a relevância da regra de competência parlamentar.

A inconstitucionalidade por omissão não se confunde, desta forma, com o conceito de lacunas, porque não há a “*insuficiência do direito positivo constituído para dar resposta às exigências da realização concreta da juridicidade*”¹⁹⁹, uma vez que não há a exigência de realização concreta da juridicidade diante do óbice da regra de competência parlamentar.

Neste sentido, o conceito de lacunas passa necessariamente pela indicação da juridicidade de que o direito positivo precisa ser revisto para que a própria juridicidade possa concretizar seus valores. De outro lado, a omissão legislativa à juridicidade apenas

¹⁹⁷ V. art.igo 5º, LXXI da CRB; e artigo 2º da Lei nº 13.300.

¹⁹⁸ Para uma perspectiva dos diversos entendimentos sobre que dispositivos constitucionais estão no âmbito de proteção do mandado de injunção, cf. DANIEL WUNDER HACHEM, *Mandado de injunção...*, p. 164 e ss.

¹⁹⁹ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...*, p. 213-214.

aponta a necessidade de eliminação da omissão sem indicar qualquer conteúdo de valor que possa ser utilizado pelo intérprete para alteração do Direito positivo. Em outros termos, quando se tem uma lacuna há um indicativo axiológico normativo que aponta tanto a insuficiência do Direito positivo quanto a necessidade de sua solução – há um dado de valor no sistema que aponta o caminho a ser seguido; por sua vez, quando há omissão legislativa não há um indicativo axiológico que permita construir a norma, porque é exatamente esse indicativo de valor que o Parlamento introduz quando legisla, o que só reforça como as questões essenciais da sociedade precisam provir das fontes do Direito, notadamente em nosso tempo da fonte legislativa.

Deste modo, mesmo que haja uma omissão legislativa inconstitucional no sistema jurídico positivo, como sua adequada (constitucional) solução deve passar pelo respeito à regra de competência parlamentar, o intérprete não pode legitimamente suprir a ausência legal²⁰⁰.

A insuficiência do Direito positivo de que trata as lacunas deve ser averiguada diante da própria intencionalidade normativa do Direito – as “exigências da juridicidade” de que fala o conceito adotado –, que não permite a invasão da área restrita ao Parlamento. Para ultrapassar a insuficiência do Direito positivo, o intérprete deve observar a suficiência limite admitida pelo Direito, que é aquela que pode ser obtida respeitando a regra de competência parlamentar.

Com efeito, mesmo nas hipóteses em que o Tribunal está diante de um mandado de injunção não se tem uma lacuna, mas sim a atribuição excepcional de competência que a Constituição lhe conferiu para, naquele específico caso, adentrar superficialmente na competência legislativa, especialmente porque, para suprir a omissão, o Tribunal está habilitado a um grau de discricionariedade que não se pode reconhecer no processo hermenêutico.

Em outros tempos, enquanto o processo de externalização da norma do caso funciona observando o sistema jurídico, a solução da omissão legislativa pelo tribunal no julgamento de mandado de injunção é feita dentro de uma margem de liberdade parecida

²⁰⁰ Especialmente tratando do ponto (omissões normativas inconstitucionais) e sua distinção com o conceito de lacunas, cf. RAQUEL ALEXANDRA BRÍZIDA CASTRO, *As omissões normativas inconstitucionais no Direito Constitucional Português*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 115 e ss.

com a que comumente é exercida pelo Parlamento, o que coloca de um lado a interpretação e de outro a produção legislativa para o caso, atipicamente realizada pelo tribunal.

É importante reforçar que o tribunal não tem habilitação constitucional para legislar de forma ampla; sua atuação deve ser restrita ao caso objeto do mandado de injunção, mas, dentro do caso, sua liberdade é aquela típica da discricionariedade legislativa.

A inconstitucionalidade por omissão demonstra como a regra de competência precisa ser seriamente considerada pelo intérprete, porque mesmo um estado de reconhecida inconstitucionalidade não habilita que o intérprete solucione a omissão legal, que não ostenta a natureza de lacuna.

4.1.3 – Plasticidade da regra de competência parlamentar

Registrou-se que o intérprete precisa levar a regra de competência a sério, de modo que respeite a área restrita ao legislador, mesmo quando esteja em estado de inconstitucionalidade por omissão legislativa. Entretanto, o respeito à regra de competência não se exaure apenas na perspectiva formal. Para além da existência de lei, é preciso também que haja um conteúdo mínimo que materialize de forma substantiva o exercício da competência parlamentar²⁰¹.

Se fosse necessário apenas o requisito formal – a existência de lei –, o Parlamento poderia simplesmente editar lei que permitisse que a Administração atuasse como bem aproovesse, sem quaisquer limites, renunciando de sua competência em termos materiais. No entanto, tal cheque em branco legislativo não se coaduna com a perspectiva garantística e, em menor escala, também a democrática, que fundamenta a regra de competência parlamentar.

Se é certo que no exercício da competência legislativa um mínimo de conteúdo é necessário para sua satisfação, o grau de conteúdo exigido varia de acordo com a área a ser regulada, o que confere elasticidade à regra de competência.

²⁰¹ Sobre a existência de variados “graus de conformidade” entre o ato da Administração e as normas que lhe dão suporte, cf. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, p. 298 e ss.

É a própria Constituição, e o modo pelo qual tradicionalmente se interpretam alguns de seus princípios, que indica qual o grau de conteúdo mínimo deve ser satisfeito para que uma lei respeite a perspectiva substantiva da regra de competência, o que deve ser feito especialmente sopesando os fundamentos garantísticos e democráticos da legalidade de um lado, e, de outro, o bem constitucionalmente tutelado. O resultado da conjugação desses dois fatores é que indicará se a densidade normativa tem que ser maior ou menor.

Dois pontos já tratados exemplificam a assertiva: o primeiro diz respeito à distinção entre a legalidade pública e a privada, no que se registrou o fato de a legalidade pública ser mais restrita do que a privada, uma vez que a Administração precisa retirar o fundamento e o limite de sua atuação da juridicidade; o segundo é relativo ao princípio da legalidade em Direito Sancionador, que requer um alto grau de previsibilidade da conduta penalizada e, por isso, exige um nível de descrição normativa que permita o resguardo da segurança e tutela pela legalidade penal.

Entretanto, como é natural no Direito, a regra de competência parlamentar não possui hoje o mesmo conteúdo do passado. Por inúmeros motivos, a competência legislativa vem sendo paulatinamente transmitida para a Administração²⁰², o que demonstra como a regra de competência está em constante processo de mutação.

Noutro giro, como explanado no capítulo 1 da parte I, nem toda atuação da Administração precisa estar previamente autorizada por lei formal, ainda que sempre precise retirar seu fundamento do bloco de legalidade (juridicidade), o que permite, por exemplo, que o ato seja fundado na aplicação direta da Constituição ou em outra fonte do Direito Administrativo.

Em suma, o exercício da competência parlamentar pode variar do nível zero ao cem²⁰³, isto é, o agir administrativo pode pendular da ausência de necessidade de prévia habilitação por lei formal, passar por uma baixíssima regulamentação, até a completa regulamentação da matéria por lei²⁰⁴, o que já demonstra como a interpretação que

²⁰² Para uma perspectiva de alguns dos motivos que levam ao incremento do exercício legislativo por parte da Administração, cf. RAMÓN PARADA, *Derecho Administrativo, I: introducción, organización administrativa, empleo público*, Madrid, Open, 2013, p. 25.

²⁰³ Esta variação é habitualmente tratada pela doutrina como precedência de lei e reserva de lei. Sobre a distinção, cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, p. 51.

²⁰⁴ Neste sentido, Paulo Otero afirma que existem “níveis ou graus diferenciados de vinculação administrativa à juridicidade”. Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 143.

considere a regra de competência parlamentar deve se preocupar com o grau de densificação normativa exigida pelo ordenamento jurídico²⁰⁵.

Registre-se, todavia, que não se deve confundir a densificação normativa aqui tratada com a visão de completude positivista legalista. O fato de a legalidade ser aberta, de carecer da atuação do intérprete para sua concretização, não quer dizer que o sistema positivo não deva ter um programa normativo que guie as condutas reguladas.

A insuficiência do sistema jurídico positivo de que trata o conceito de lacunas diverge da escassa densificação legal, feita abaixo do mínimo exigido, que não dê substantivamente cumprimento à regra de competência parlamentar, que mais se assemelha ao conceito de omissão.

Efetivamente, a insuficiência do Direito positivo de que trata o conceito de lacunas é aquela que pode ser solucionada dentro do processo de realização do Direito, porque já há uma intenção normativa manifestada pela juridicidade suficiente para alterar a leitura que se tinha do Direito positivo, o que demonstra respeito à regra de competência parlamentar que, exercida, introduziu a intenção normativa no sistema. De outro lado, quando a incompletude decorre da ausência ou deficiência no exercício da regra de competência a hipótese já não é mais de lacunas, e sim de ausência normativa.

Não há uma regra de ouro interpretativa e não é simples verificar se na hipótese foi ou não respeitada a regra de competência (em sentido formal e substantivo). Pode-se mesmo dizer que o grau mínimo de densificação normativa está por detrás de boa parte das dificuldades envolvendo a legalidade administrativa²⁰⁶. De toda forma, ao que basta ao ponto em questão, satisfaz concluir que não há lacuna quando a hipótese é de escassa densificação normativa, que não dê minimamente cumprimento à perspectiva substantiva da regra de competência.

²⁰⁵ A respeito da reserva de lei como reserva de densificação normativa, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I: introdução e princípios fundamentais*, Alfragide, Editora Dom Quixote, 2016, p. 176 e ss.

²⁰⁶ Com efeito, Carlos Ari Sundfeld aponta a ausência de utilidade na distinção feita pela doutrina brasileira entre regulamentos executivos e regulamentos autorizados exatamente por considerar o problema ligado ao conteúdo mínimo para dar suporte aos atos normativos infralegais. Cf. CARLOS ARI SUNDFELD, *Direito Administrativo para céticos*, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 268 e ss.

4.2 – Lacunas e descentralização político-administrativa

A descentralização administrativa se caracteriza pela existência de múltiplas pessoas coletivas com competência para o exercício de atividades administrativas. A descentralização é uma decorrência do princípio da subsidiariedade, pelo qual se reconhece uma preferência pelos entes menores que estejam aptos à realização do serviço, bem como do princípio da aproximação da administração às populações, que preconiza que as atividades a cargo da Administração devem ser conduzidas pelo ente mais próximo da população²⁰⁷.

A descentralização se diferencia da desconcentração administrativa, que, por sua vez, é caracterizada pela existência de diversos órgãos nos quais são distribuídas as competências dentro de uma mesma pessoa coletiva²⁰⁸. Os dois conceitos são complementares, porque, enquanto na descentralização há uma pessoa coletiva com autonomia, é por meio da desconcentração que será efetivada a distribuição interna de competências nesta pessoa coletiva.

A descentralização administrativa pode ser caracterizada como político-administrativa quando, para além dos típicos poderes administrativos, são atribuídos poderes legislativos ao ente, o que possibilita um maior poder de autodeterminação às populações locais/regionais. No Brasil, a descentralização político-administrativa é pautada pelo modelo federativo, que atribui aos estados, municípios e ao Distrito Federal poderes legislativos²⁰⁹. Em Portugal, que se organiza como um estado “unitário parcialmente descentralizado”²¹⁰, as regiões autónomas dos Açores e da Madeira detêm competências legislativas primárias.

Desconsideradas as distinções do modelo federativo e do (parcialmente) unitário, respectivamente brasileiro e português, a diversidade de entes com atribuições legislativas

²⁰⁷ Cf. JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 127 e ss.

²⁰⁸ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...*, p. 149.

²⁰⁹ Como afirma Diogo de Figueiredo, o federalismo é uma forma de “descentralização espacial do poder”. Cf. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso...*, p. 37.

²¹⁰ Cf. PEDRO MACHETE, *Elementos para o estudo das relações entre os actos legislativos do Estado e das regiões autónomas no quadro da Constituição vigente*, in Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva (Orgs.), *Estudos de Direito Regional*, Lisboa, Lex, 1997, p. 92.

faz com que existam uma pluralidade de subsistemas jurídicos convivendo no mesmo ordenamento, o que propicia um ambiente de tensão e potencial conflito entre as competências legislativas, bem como dos atos legais que delas decorrem.

A distribuição de competência legislativa no Brasil pode ser dividida em dois regimes: (i) o de matérias em que a competência é exclusiva; e (ii) o de matérias em que a competência é concorrente²¹¹.

A competência legislativa exclusiva é distribuída entre os três entes. Neste sentido, compete à União as matérias enumeradas na Constituição (como, por exemplo, as previstas no artigo 22 da CRB); os municípios têm competência para as matérias de interesse local²¹²; e os estados possuem a competência legislativa residual para legislar sobre todas as matérias sobre as quais a Constituição não delimitou positivamente a competência de outro ente²¹³. Ainda, os estados podem legislar em área de competência privativa da União, caso lei complementar autorize a medida, o que configura hipótese de delegação da competência legislativa²¹⁴.

Em relação às matérias em que a competência é concorrente²¹⁵, a União tem atribuição para legislar sobre normas gerais²¹⁶ e os demais entes têm competência para legislar de forma complementar desde que não invadam o campo das normas gerais²¹⁷.

²¹¹ Esta classificação em dois níveis agrupa distintos modos de atribuição de competência previstos no complexo modelo de repartição de competências legislativas brasileiro. É certo que outras classificações podem ser feitas, mas esta possibilita a compreensão da questão sobre a perspectiva que se pretende. A respeito da classificação das competências legislativas em exclusivas e concorrentes, cf. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 91-92.

²¹² V. artigo 30 da CRB.

²¹³ V. artigo 25, § 1º da CRB.

²¹⁴ V. artigo 22, § único da CRB. A delegação legislativa não tem sido, contudo, efetivamente utilizada no Brasil.

²¹⁵ V. artigo 24 da CRB.

²¹⁶ O conceito de normas gerais é objeto de ampla divergência doutrinária e fonte de concretos problemas envolvendo a delimitação da competência de cada ente. Sobre o tema e de forma ainda atual, o estudo feito por Diogo de Figueiredo elencou os seguintes elementos essenciais nas regras gerais: “1º – São declarações principiológicas – não se identificando com os princípios *tout court* ou as normas-princípio que possam contê-los. 2º – São declarações que cabem ser editadas pela União, no uso de sua competência concorrente limitada. 3º – São declarações que estabelecem diretrizes nacionais sobre certos assuntos – enumerados constitucionalmente. 4º – São declarações que devem ser respeitadas pelos Estados-Membros... bem como pelos Municípios... 5º – São declarações que, uma vez detalhadas, podem ser aplicadas indireta e mediatamente às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.”. Cf. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Competência concorrente limitada: o problema da conceituação*

Se em determinada matéria a União não exercer sua competência para legislar sobre normas gerais, os estados possuem competência suplementar para sanar a omissão²¹⁸. A atuação supletiva dos estados produz efeitos até que a União produza a lei de normas gerais, hipótese em que a lei estadual ficará com sua eficácia suspensa²¹⁹⁻²²⁰.

Por fim, o Distrito Federal conjuga as competências legislativas dos estados e municípios²²¹.

Em Portugal, a competência legislativa das regiões autônomas podem ser divididas, adotando a classificação de Paulo Otero, em: competência legislativa exclusiva ou reservada; competência legislativa autorizada; competência legislativa de desenvolvimento; e competência legislativa estatutária²²².

A competência legislativa exclusiva é exercida unicamente pela região autônoma, de forma independente, não se admitindo a intromissão legislativa de outro órgão, mesmo de soberania. A competência legislativa autorizada é aquela que, em razão de delegação da Assembleia da República, a região autônoma passa a ter a possibilidade de legislar sobre determinados temas; a competência de desenvolvimento permite à região autônoma o exercício de sua competência legislativa para o desenvolvimento dos “princípios ou as bases gerais dos regimes jurídicos contidos em lei que a eles se circunscrevam” (art. 227º, n. 1, alínea c da CRP). A competência legislativa estatutária é aquela conferida à região autônoma para que legisle sobre as matérias previstas nos estatutos regionais e que não estejam reservadas aos órgãos de soberania²²³⁻²²⁴.

das normas gerais, in: Revista de informação legislativa, ano 25, nº 100, out.-dez. de 1988, p. 160-161.

²¹⁷ V. artigos. 24, § 1º e 30, II da CRB.

²¹⁸ V. artigo 24, § 3º da CRB.

²¹⁹ V. artigo 24, § 4º da CRB.

²²⁰ Sobre distribuição de competências legislativas no Brasil, cf. THIAGO MAGALHÃES PIRES, *As competências legislativas na Constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e da solução de seus conflitos à luz do Direito Constitucional contemporâneo*, Belo Horizonte, Fórum, 2015, p. 158 e ss.

²²¹ V. artigo 32, § 1º da CRB.

²²² Cf. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português, v. II: organização do poder político*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 581.

²²³ V. artigos. 227º, 228º e 232º da CRP.

²²⁴ Cf. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português, v. II...*, p. 581 e ss.; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...*, p. 196 e ss.

Caso as Assembleias Legislativas das regiões autônomas não legislem sobre matéria de sua competência, é aplicável o princípio da supletividade, que habilita a produção de efeitos nas regiões autônomas das normas legais estaduais em vigor²²⁵. Trata-se de hipótese de substituição precária da competência legislativa regional pela estadual, que perdurará até que a região supra a omissão legislativa.

A natural divergência entre o modelo federativo brasileiro, que confere maior autonomia aos entes da federação, e o unitário parcialmente descentralizado português não exclui uma conclusão comum: em ambos os países, existem competências legislativas próprias do poder local. Como bem afirmam Canotilho e Vital Moreira: “trata-se, pois, de uma igual dignidade constitucional na titularidade do poder legislativo”²²⁶.

Traçado o regime geral da competência legislativa dos entes, a questão que se coloca é: se a ocorrência de lacunas em normas de um ente habilita a utilização de outro sistema legal. A resposta precisa considerar a distinção entre os modelos brasileiro e o português.

De início, é preciso que a interpretação observe a regra de competência do ente e a existência de espaços legislativos próprios, o que impede a utilização de legislação de outro ente no caso de lacunas, salvo se houver norma remissiva neste sentido. Ou seja, caso ocorra uma lacuna, a solução deve ser produzida dentro do próprio subsistema legal.

Em razão de se organizar como um estado unitário, a Constituição portuguesa possui uma regra supletiva ampla, que permite a utilização da legislação estadual sempre que ausente a legislação regional. Ainda que a supletividade se preste a soluções de omissões legislativas, que não se confundem com as lacunas, o fato é que a cláusula supletiva presente no ordenamento constitucional português aponta claramente para uma maior unidade sistemática norteadas pela legislação estadual, como é natural no modelo de estado unitário²²⁷.

Ainda, se a Constituição autorizou situação mais gravosa, qual seja a aplicação da legislação estadual em substituição da competência legislativa regional omissa, a incidência da legislação estadual em caso de lacuna deve ser admitida por se apresentar

²²⁵ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 868 e ss.

²²⁶ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 686.

²²⁷ Em sentido semelhante, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo: enquadramento dogmático-constitucional*, v. II, Lisboa, Lex Editora, 1995, p. 765 e ss.

como hipótese semelhante, ou de menor intensidade, na invasão da esfera de competência regional. Assim, a possibilidade de utilização da legislação estadual para suprir lacuna regional é uma decorrência (indireta) da cláusula supletiva.

A aplicação da legislação estadual em caso de lacunas regionais não é, contudo, automática. É preciso que se verifique se não há no próprio subsistema regional a solução para lacuna. Ainda que não seja possível estabelecer um padrão fixo de interpretação, a regra de competência legislativa regional indica a priorização do subsistema regional na solução de lacunas em detrimento do estadual. Deve ser aplicada aqui também a lógica de subsidiariedade (ou de prevalência da legislação regional quando atua dentro de seu espaço próprio) manifestada na cláusula supletiva.

O modelo federativo brasileiro conduz a um regime distinto. Em razão da maior autonomia dos entes políticos, não há uma cláusula supletiva da União que possa ser utilizada no caso de omissão legislativa dos demais entes. Pelo contrário, são os entes regionais (os estados) que possuem a competência para legislar sobre normas gerais acaso a União seja omissa no exercício de sua competência²²⁸.

Apesar da inexistência de uma cláusula supletiva ampla, o desenho constitucional brasileiro aponta claramente para um modelo de unidade do ordenamento fortemente influenciado pelo ente central, o que caracteriza o federalismo brasileiro como altamente centralizado²²⁹, uma vez que as competências legislativas da União abarcam a grande maioria das matérias, como, por exemplo, a competência privativa ou concorrente, restando basicamente a competência residual aos estados e as de interesse local aos municípios, ambas de difícil caracterização e que não necessariamente excluem alguma atribuição legislativa à União. Ou seja, via de regra a União tem competência plena ou, ao menos, estipula as bases centrais dos sistemas subnacionais com a indicação das normas gerais sobre a matéria, o que lhe confere um poder conformador em prol de uma unidade integrativa do ordenamento²³⁰.

²²⁸ Não há, assim, um princípio de supremacia da legislação federal. Cf. THIAGO MAGALHÃES PIRES, *As competências legislativas...*, p. 237.

²²⁹ O modelo brasileiro mantém ligações históricas com seu passado unitário, o que levou a um desenho constitucional de um federalismo com alta centralização. Neste sentido, cf. BERNARDO GONÇALVES FERNANDES, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 592.

²³⁰ A unidade do ordenamento desempenha um papel integrativo fundamental ao valorar a relação das normas do ordenamento jurídico. A respeito, cf. JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *O problema da*

No mesmo sentido, tem-se afirmado que a distribuição de competências no Brasil é pautada pelo princípio da predominância do interesse, o que relega à União as matérias de interesse que perpassem de modo geral toda a nação²³¹, o que reforça a natureza conformadora do ordenamento da União.

Na verdade, mesmo do princípio federalista se extrai um mínimo denominador comum a manter unido os diversos ordenamentos subnacionais, o que é especialmente verificado no caso brasileiro, em que a federação não tem uma forte distribuição de competências aos entes subnacionais. É certo que não há um princípio de hierarquia da legislação federal, mas um princípio de conformação unitária a fluir da União para os demais entes.

De outro lado, a regra de competência política descentralizada pode entrar em conflito com outros valores constitucionais, o que pode ensejar seu afastamento. É certo que na qualidade de norma do tipo regra a competência goza de um grau superior de força porque já é norma sobre a qual há um juízo ponderativo realizado, o que, apesar de tornar seu afastamento excepcionalíssimo diante da complexa colisão entre princípios e regras²³², não cria uma vedação absoluta. Registre-se que se tem reconhecido a possibilidade de afastamento da regra de competência legislativa do ente central, em especial nos casos em que é presente o estado de necessidade, o que já demonstra como as regras de competência parlamentar podem, de forma muito episódica, ser afastadas.

Neste sentido é que, por exemplo, suponha-se que um Estado-membro não legisle sobre determinada matéria sobre a qual a União legislou. Na grande maioria dos casos, a questão se resolverá simplesmente na lógica típica de omissões normativas, mas em situações peculiares é possível que a incidência de valores fundamentais, como a segurança jurídica, habilite o recurso à legislação federal, o que ensejaria o afastamento da regra de competência pelo princípio da segurança jurídica e que habilitaria a utilização da legislação da União em razão do princípio da unidade.

unidade do ordenamento jurídico: refletindo sobre Castanheira Neves e o seu ‘sistema aberto e de reconstrução dialéctica’, in: *Stvdia Ivridica*, n.º 90, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, v. I., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p.1017.

²³¹ Cf. ANDRÉ RAMOS TAVARES, ***Curso de Direito Constitucional***, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 1151.

²³² A tese defendida de afastamento de uma regra por princípio é extremamente conflituosa, mas não cabe aqui o desenvolvimento de toda a problemática. Sobre o ponto, cf. CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO, ***Direito Constitucional...***, p. 524 e ss.; HUMBERTO ÁVILA, ***Teoria dos Princípios...***, p. 44 e ss.

A existência de um liame relacional com influxo do ente central para os periféricos, pautado que é na unidade do ordenamento, permite, de forma muito mais excepcional do que no modelo português, o recurso à legislação federal para solução de lacunas²³³.

O mesmo, no entanto, não vale de baixo para cima; ou seja, a União não pode utilizar a legislação dos demais entes subnacionais, porque: (i) a competência suplementar dos estados se destina a não inviabilizar a competência legislativa plena do próprio estado e dos municípios localizados em seu território; (ii) é possível que existam inúmeras normas gerais supletivas dos variados Estados-membros da federação e, como não há uma regra de escolha sobre qual norma geral aplicar, a pluralidade de normas e a ausência de um critério de escolha impossibilita a utilização pela União; e (iii) o influxo decorrente da unidade se dá do ente central para os entes periféricos, o que impede que a solução seja feita na contracorrente da vazão estabelecida pelo princípio da unidade.

Por fim, é preciso registrar que esta é uma análise que se faz levando em conta apenas a fonte constitucional expressa. A se considerar todo o ordenamento, em ambos os modelos, é possível que existam outras fontes de remissão à legislação de outro ente, expressa ou não, positiva ou não, bem como é possível que esta solução advenha de uma das formas de integração de lacunas, ainda que, diante da regra de competência, esta não seja uma solução trivial.

4.3 – Lacunas e competência administrativa

Ao atribuir a esfera de poder estatal que é conferida a determinada entidade ou órgão da Administração, a competência administrativa funciona ao mesmo tempo como limite e habilitação da atuação administrativa²³⁴.

É lugar-comum, na doutrina administrativa, a afirmação de que a competência administrativa é sempre atribuída por lei (em sentido amplo)²³⁵. Como a atuação da

²³³ Todavia, é possível que a utilização da legislação federal decorra de outra fonte do Direito Administrativo, como o costume, que, no caso do Brasil, habilita, por exemplo, a utilização da legislação federal sobre licitações e contratos nos demais entes da federação, mesmo desbordando dos limites constitucionais de repartição de competência legislativa, tema que será tratado de forma mais detalhada no tópico 5.1.2.

²³⁴ Cf. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 138.

Administração tem fundamento na juridicidade, a assertiva é mera decorrência deste corolário. Não obstante, a afirmação não pode ser tida como a necessidade de que toda atribuição de competência seja expressa e exaustivamente presente em norma escrita²³⁶, como se vigorasse uma legalidade rígida de taxatividade da competência²³⁷.

A concepção de que a competência é pautada por uma rigidez legal confunde a distinção entre texto e norma, que já foi objeto de anterior explanação neste estudo. Apenas para rememorar, de forma objetiva, pode-se afirmar que o sistema legal contém apenas parte da solução normativa e que a norma jurídica só surgirá depois de efetuada a interpretação diante de um caso. Assim, a análise abstrata do Direito positivo permite apenas uma antevisão normativa, o que impede de afirmar de forma absoluta qual a exata competência atribuída a determinado ente ou órgão antes de concretizada a norma.

Imiscuída nesta confusão entre texto e norma, a concepção de que a interpretação gramatical do texto conduz ao conteúdo final do contido na regra de competência não se mostra correta, porque não existe um sentido inato ao texto, que possui o significado que lhe é atribuído em um determinado contexto histórico, de modo que o conteúdo atribuído ao texto é sempre condicionado ao contexto em que se insere.

De outro lado, há elementos jurídicos que determinam a atribuição de competência para além de um sentido que se possa atribuir de forma explícita ao texto. Em ambos os casos, o que se verifica é que não existe a proclamada rigidez da regra de competência²³⁸.

²³⁵ Neste sentido, cf. PAULO OTERO, *Manual...*, p. 190; LUÍS FELIPE COLAÇO ANTUNES, *A ciência...*, p. 213; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 138.

²³⁶ Em sentido contrário, afirmando que a “circunstância de as normas que conferem implicitamente competência não poderem ser tidas, em rigor, como normas de competência no sentido em que não são normas em que, nos termos definidos, se estabeleça uma atribuição directa de competência na conjugação dos conteúdos dos seus elementos estruturais...”, cf. DAVID DUARTE, *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Lisboa, Almedina, 2006, p. 386.

²³⁷ Essa parece ser a posição defendida por García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, que aduzem ser necessária uma previsão expressa da competência, ressalvando, todavia, a possibilidade de atribuição de competência por meio da teoria dos poderes implícitos. Cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, v. I..., p. 492-493.

²³⁸ A respeito da rigidez da regra de competência sobre outra perspectiva, Paulo Otero afirma que, por meio “da possibilidade de delegação e substituição em certas matérias, a lei renuncia... a um modelo rígido, fechado e inflexível de ordenação definitiva do órgão que efetivamente exerce a competência administrativa”. Cf. PAULO OTERO, *O poder de substituição...*, v. II..., p. 421.

Deve-se, todavia, reconhecer que a regra de competência extrai seu fundamento do bloco de legalidade. Desta forma, é preciso reconduzir o reconhecimento da regra de competência ao sistema jurídico, mesmo nos casos em que não há uma expressa previsão legal.

São inúmeras as evidências concretas da existência de competências não expressamente previstas no ordenamento. Neste sentido, Paulo Otero exemplifica: as decorrentes de poderes implícitos, as instrumentais ligadas ao exercício de competências expressas, o paralelismo entre a competência dispositiva e a revogatória²³⁹. É possível também reconhecer a competência proveniente do estado de necessidade e a competência administrativa que surge para suprir uma lacuna, ou seja, diante de uma lacuna surge uma competência atribuída a determinado agente (em sentido amplo) para solucionar tal lacuna.

Assim, se é possível extrair competência administrativa diante da insuficiência do Direito positivo como uma exigência da juridicidade para sua realização em concreto, a hipótese envolve uma lacuna²⁴⁰. Por ser instituto que demonstra de forma emblemática como a competência pode provir de lacunas, passa-se à análise da teoria dos poderes implícitos.

4.3.1 – A competência que se origina da teoria dos poderes implícitos

A teoria dos poderes implícitos é o exemplo mais evidente que demonstra a inadequação de uma concepção restritiva da legalidade da regra de competência, entendida como a necessidade de sua expressa previsão positiva. Antes de adentrar no ponto é preciso registrar que a expressão poder deve ser entendida como sinônimo de competência, uma vez que esta (a competência) é o quanto daquele (o poder) que foi atribuído a determinado ente.

A teoria dos poderes implícitos surge nos Estados Unidos da América em razão da necessidade de interpretação de seu enxuto texto constitucional, que todavia conferia

²³⁹ Cf. PAULO OTERO, *Prefácio: os limites à analogia em Direito Administrativo*, in: Analogia em Direito Administrativo: os limites à integração analógica de normas administrativas, Filipa Lemos Caldas (Org.), Lisboa, AAFDL, 2015, p. 10.

²⁴⁰ Negando a existência de lacunas em regras de competência, cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, v. I, atualizado por Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, Almedina, 2007, p. 134.

importantes poderes ao ente central, o que resultou em um campo fértil para o desenvolvimento de teoria que, para ver efetivada as pretensões constitucionais, reconhece a atribuição de poder sem uma expressa previsão neste sentido²⁴¹.

O fundamento para o reconhecimento de competência implícita pode ser legal no sentido de que pode haver previsão legal que atribua ao ente o poder de atuar sempre que necessário ao cumprimento dos fins legalmente estabelecidos e para os quais não há uma expressa previsão de competência, mas seu campo habitual de ação não é este.

Em geral, o fundamento para o reconhecimento implícito de poderes vem de elementos de interpretação tais como o lógico, teleológico, sistemático, analógico, argumento *a maiori ad minus* (quem pode o mais, pode o menos) etc. Não é necessário demonstrar cada um dos elementos para que se reconheça que o fundamento da teoria não precisa ser legal, uma vez que decorre do processo de interpretação²⁴².

A rigor, a construção da teoria se baseia no pressuposto racional de que, se foram atribuídas finalidades a determinante ente, devem ser conferidos também os meios para que se atinja tal finalidade²⁴³.

A teoria busca, deste modo, permitir que os fins atribuídos ao ente possam ser efetivamente cumpridos, o que não restaria satisfeito se limitados aos poderes expressamente previstos, de modo que se revela forçoso reconhecer os instrumentos necessários para o atingimento do intencionado pelo sistema²⁴⁴.

O reconhecimento dos poderes implícitos não deve ser limitado àqueles que decorrem diretamente de competências expressas, como instrumento para lhe dar

²⁴¹ Cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 483.

²⁴² Especialmente ligada a uma perspectiva voluntarista, que reconduz à vontade do autor do texto a atribuição de competência para que possa atingir os fins legalmente estipulados, uma parte da doutrina concebe um fundamento autônomo para a teoria dos poderes implícitos. Sobre o tema, abordando o fundamento autônomo e hermenêutico para a Teoria dos Poderes Implícitos, cf. MARIA LUÍSA DUARTE, *A Teoria dos Poderes Implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*, Lisboa, Lex, 1997, p. 44 e ss.

²⁴³ Com efeito, o tema já era discutido no momento embrionário do constitucionalismo norte-americano, momento em que Madison afirma, no número 44 do *Federalist Papers*, que: “*No axiom is more clearly established in law, or in reason, than that wherever the end is required, the means are authorized; wherever a general power to do a thing is given, every particular power necessary for doing it is included.*”. Cf. ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY, *The Federalist Papers*, Oxford, Oxford University Press, p. 226.

²⁴⁴ Neste sentido, admite-se, inclusive, o exercício da competência regulamentar. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, v. II..., p. 76.

efetividade, mas de todo e qualquer poder necessário ao cumprimento das finalidades estabelecidas para o ente. Inexiste razão para restringir a atribuição de competências implícitas apenas às decorrentes de poderes expressamente conferidos. Se há a estipulação de um fim a ser alcançado, é inerente que se reconheça a competência para a prática dos atos necessários ao seu adimplemento²⁴⁵. Como não há diferença relevante entre as situações, não há razão para que haja uma distinção de tratamento.

Ainda, os poderes implícitos podem ser reconhecidos como inerentes a determinado ente e que lhe são atribuídos em razão de sua natureza ou organização, como ocorre, por exemplo, com o poder de direção que naturalmente é exercido em estruturas hierárquicas e que, como afirma Paulo Otero, “carece de expressa previsão legal”²⁴⁶.

Assim, o conceito de Maria Luísa Duarte bem resume o instituto: “Os poderes implícitos designam aquelas competências que, não estando enunciadas de forma directa na norma tipificadora da competência, são inerentes ou necessárias à realização eficaz dos fins da entidade jurídica ou das respectivas competências expressas”²⁴⁷.

O fato de não haver uma expressa previsão legal não permite, no entanto, que se reconheça competência de forma arbitrária. A legalidade da regra de competência se manifesta exatamente pela necessidade de reconduzir o poder implícito reconhecido à juridicidade²⁴⁸⁻²⁴⁹. A ligação com o bloco de legalidade, ainda que de forma indireta, é fundamental para que sejam conferidos limites ao poder e, conseqüentemente, possibilite seu controle.

O reconhecimento de competência que não se encontrava no Direito positivo, mas que se configura, todavia, como uma exigência da juridicidade para sua realização é uma competência que surge de uma lacuna. O fenômeno demonstra como as regras de competência são caracterizadas, como todas as normas, pela natural abertura dos textos jurídicos, o que impõe o reconhecimento da possibilidade de que seu sentido seja readequado a partir do intencionado pela própria juridicidade. Não há, assim, como se reconhecer a inexistência de lacunas em regras de competência.

²⁴⁵ Cf. MARIA LUÍSA DUARTE, *A Teoria dos Poderes Implícitos...*, p. 36.

²⁴⁶ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 888.

²⁴⁷ Cf. MARIA LUÍSA DUARTE, *A Teoria dos Poderes Implícitos...*, p. 55.

²⁴⁸ Neste sentido, de vinculação à juridicidade, é que deve ser compreendido o artigo 36º, número 1, do CPA que afirma que a “competência é definida por lei...”.

²⁴⁹ Cf. LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *A ciência...*, p. 241.

Ainda neste sentido, não se pode entender que a teoria dos poderes implícitos afasta a ocorrência de lacunas, porque exatamente permite sua solução. O fato de haver uma norma do caso não significa que antes desta não havia uma lacuna, porque é a partir da separação entre texto e norma que o fenômeno das lacunas precisa ser analisado.

Quando a teoria dos poderes implícitos permite a reconfiguração de sentido do Direito positivo, precisamente o faz trabalhando com o anterior sentido que se tinha sobre determinado texto e como este precisa ser concretizado de modo distinto por imposição da juridicidade. Esta evolução de sentido do Direito positivo permitida pela metodologia da teoria dos poderes implícitos é exatamente a demonstração de lacunas em regras de competência.

4.3.2 – Lacunas e discricionariiedade administrativa

O tema discricionariiedade administrativa é um dos mais áspersos em Direito Administrativo. A dificuldade de sua delimitação conceitual, aliada à peculiar característica de insindicabilidade que possui, fazem com que sua análise seja complexa e doutrinariamente conflituosa.

A via clássica de abordagem do tema distingue os atos da Administração em vinculados e discricionários. Os atos vinculados seriam aqueles que possuem todos os requisitos para sua prática previstos em lei, o que permite um juízo de legalidade plena. Como todos os parâmetros do ato são de verificação de conformidade com a lei, é possível estabelecer se o ato é ou não legal, o que habilita um controle jurisdicional amplo²⁵⁰.

Por sua vez, os atos discricionários seriam aqueles em que a abertura semântica presente na lei, abertura que se apresenta normalmente por meio de conceitos jurídicos indeterminados, possibilitaria uma variedade de escolhas²⁵¹. Como todas as escolhas são legais, porque se encaixam dentro do conceito jurídico indeterminado, não há fundamento para o controle de legalidade. A opção entre os variados caminhos legalmente permitidos é a manifestação de um juízo sobre qual é o mais conveniente, o melhor, e não o legal, o que

²⁵⁰ Cf. FERNANDA PAULA OLIVEIRA e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Noções fundamentais de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 124.

²⁵¹ Cf. FERNANDA PAULA OLIVEIRA e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Noções...*, 127.

faz com que a atribuição para a escolha do conteúdo do ato seja exclusivamente administrativa²⁵².

De forma resumida, pode-se dizer que, enquanto no ato vinculado não há abertura semântica, e, por isso, o controle de legalidade é pleno, no ato discricionário as inúmeras possibilidades admitidas não comportam um juízo de legalidade, e sim de qualidade/conveniência, o que relega ao administrador a escolha da que lhe parece melhor²⁵³. A questão foi colocada de forma sucinta porque basta para demonstrar o ponto que se pretende, mas é certo que, dentro da lógica apresentada, foram desenvolvidas teorias buscando aperfeiçoar o tema, como, por exemplo, a que distinguia os tipos de conceitos indeterminados que geram competências discricionárias²⁵⁴.

O problema desta concepção é que a normatividade é sempre aberta. Via de regra, podem ser atribuídos muitos significados ao tipo legal, mesmo para hipóteses que classicamente se reconhecem como de atos vinculados, como as que verificam a incidência tributária. Por exemplo, se um tributo incide sobre a transferência de propriedade de um tipo de bem, diversas hipóteses podem suscitar a incidência do tributo, além de evidentemente incidir quando realizado um contrato de compra e venda. As operações de *leasing* e a transferência de poderes substanciais da propriedade, como o domínio útil, são hipóteses que podem ser enquadradas no conceito de transferência de um bem. Neste exemplo, a multiplicidade de opções sobre o conteúdo do conceito transferência, todas reconduzíveis ao tipo legal, não é classicamente reconhecida como dentre as hipóteses de atribuição exclusiva da autoridade tributária; não há aqui a possibilidade de escolha entre as que parecem melhor satisfazer o interesse público.

De outro lado, o fato de o dispositivo legal permitir variadas opções de conduta, todas reconduzíveis ao conceito legalmente indeterminado, o que tem se caracterizado como uma área de competência discricionária, não afasta a possibilidade de um juízo de juridicidade. Dentro do campo de atuação do Direito, toda conduta é juridicamente valorada. De fato, princípios como de justiça, boa administração e moralidade podem, por

²⁵² EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, v. I..., p. 503.

²⁵³ Neste sentido, Afonso Queiró já afirmava que os “conceitos plurisignificados... comportam um número limitado de significações igualmente possíveis”. Cf. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder...*, p. 22.

²⁵⁴ Com efeito, mesmo essa doutrina percebeu que alguns conceitos indeterminados não conferiam poderes discricionários. Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, v. II..., p. 95 e ss.; cf. FERNANDA PAULA OLIVEIRA e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Noções...*, p. 129 e ss.

exemplo, ser aplicados para valorar a legalidade da escolha feita, o que demonstra como a discricionariedade é vinculada pela juridicidade²⁵⁵.

Como a abertura é da natureza das leis e a tarefa do intérprete é exatamente concretizar a norma que adequadamente solucione o caso, a tese de reconhecimento da discricionariedade em razão da abertura semântica não é, assim, a que melhor lhe define²⁵⁶. A decisão administrativa discricionária deve optar por aquela única conduta que dê concretude ao bloco de legalidade. A pluralidade de opções inicialmente disponível não conduz a uma liberdade de escolha administrativa, uma vez que, diante do caso, o administrador tem o dever de observar a juridicidade.

O ponto central de identificação da discricionariedade deve ser exatamente o fato de ser uma área em que o juízo sobre a conduta juridicamente adequada é de competência exclusiva do administrador. Neste sentido, não é a impossibilidade de um juízo de juridicidade que qualifica a discricionariedade; é a insindicabilidade jurisdicional que lhe caracteriza²⁵⁷.

Assim, a verificação da competência discricionária decorre do reconhecimento de que aquela é uma hipótese em que a valoração sobre a conduta administrativa legal, entre as inúmeras opções *prima facie* disponíveis, é de competência exclusiva do administrador²⁵⁸. Ainda que esse desenho pareça ser por demais aberto, é ele que tem conduzido o reconhecimento de discricionariedade, visto que, como já se demonstrou, a abertura semântica não resolve a questão.

Que fique claro que não se está conceituando a discricionariedade pelo resultado (a insindicabilidade). O reconhecimento de que existem áreas que os tribunais não podem controlar é uma premissa jurídica, que se verifica claramente, por exemplo, no campo da

²⁵⁵ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O problema da discricionariedade*, in: Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, v. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 563 e ss.

²⁵⁶ A rigor, esse problema era mesmo reconhecido por Kelsen, para quem toda aplicação da norma é discricionária, porque não se consegue demonstrar a correção da escolha da opção interpretativa feita diante de todas as outras possíveis. Cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito...*, p. 249. O problema da teoria de Kelsen é que, apesar de reconhecer a abertura normativa, não reconhece como dentro da Ciência do Direito a concretização normativa, que exclui a discricionariedade na construção da norma do caso.

²⁵⁷ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O problema...*, p. 595.

²⁵⁸ Em sentido semelhante, cf. LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *A ciência...*, p. 299-300.

autonomia da vontade privada, nos atos políticos, na competência parlamentar e, também, na discricionariedade administrativa.

O reconhecimento de uma área de competência privativa da Administração encontra respaldo especialmente no princípio da separação de poderes e na reserva de administração que dele decorre, que permite que se atribua exclusivamente à Administração a competência para escolha da medida a ser tomada²⁵⁹. Desta forma, sempre que a juridicidade qualificar determinada área como de atuação exclusiva da Administração, estarão presentes os requisitos que permitem configurar a competência como discricionária.

As razões que levam o Direito a afastar o controle jurisdicional sobre os atos da Administração podem ser variadas, tais como: a possibilidade de que o controle feito pelos tribunais não tenha condições de levar a um resultado melhor do que a escolha feita pela Administração, por não possuir a especialização necessária ou a visão global do problema, por exemplo porque diante da complexidade da hipótese a Administração possui maior legitimidade para fazer a opção; ou por qualquer outro motivo que legalmente se tenha reconhecido como conveniente que a escolha final da conduta seja administrativa. Em todos os casos, as razões são de forma ampla lastreadas no princípio da separação de poderes.

Não obstante, o reconhecimento de um campo de competência exclusiva do administrador não é um cheque em branco que lhe foi passado, muito menos um convite à arbitrariedade²⁶⁰. Exatamente por isso, sob diversos aspectos, o ato pode ser jurisdicionalmente controlado²⁶¹.

De início, a doutrina clássica divide a análise do ato discricionário em duas: uma parte que tem conteúdo vinculado (agente competente e forma do ato, por exemplo) e uma parte que é a discricionária propriamente dita, de modo que é preciso falar em parte discricionária do ato ou poder discricionário. Todo ato discricionário teria, assim, partes

²⁵⁹ Sobre o fundamento da discricionariedade administrativa no Princípio da Separação de Poderes, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, v. II..., p. 77.

²⁶⁰ Cf. TOMÁS R. FERNANDEZ, *De la arbitrariedad de la administración*, Thomson Civitas, 2008, p. 81.

²⁶¹ Fala-se somente do controle jurisdicional em razão de sua relevância para o conceito de discricionariedade adotado, mas, no combate às arbitrariedades, é preciso considerar também os mecanismos administrativos de controle de juridicidade, como, por exemplo, o poder hierárquico, de superintendência ou de tutela, que permitem um autocontrole administrativo.

que são vinculadas e, desta forma, submetem-se ao controle jurisdicional²⁶². Ainda que se concorde com a noção de controle ínsita a esta teoria, a concepção de ato vinculado não pode ser a de que todos os elementos do ato se encontram na lei e que isso permite um juízo de legalidade amplo, como já demonstrado anteriormente, mas sim a de uma área que permite o controle jurisdicional.

Outros elementos também possibilitam o controle jurisdicional de atuação da discricionariedade administrativa. Primeiro, em razão do desenvolvimento de teorias como a do desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes²⁶³, que permitem o controle jurisdicional das escolhas possíveis. Segundo, em razão da ascendência dos princípios como normas jurídicas efetivas, que desenham um rol de escolhas pelas quais a Administração não pode optar sob pena de ilegalidade do objeto de controle jurisdicional²⁶⁴.

Apesar disso, a delimitação da margem de controle dos tribunais utilizando princípios é um tema complexo, que depende de um método de conjugação dos diversos princípios em jogo e que salvguarde um campo de exercício da competência administrativa sob pena de violação da separação de poderes. Com efeito, o mesmo problema se encontra no controle jurisdicional de constitucionalidade. Se adotada uma postura excessivamente maximalista da atuação jurisdicional, as leis poderão ser objeto de um controle tão profundo de seu conteúdo que simplesmente esvaziaria a competência parlamentar²⁶⁵.

Desta forma, a utilização dos princípios para o controle jurisdicional do exercício de competências discricionárias deve ser contido em respeito à própria regra de competência administrativa, que especialmente reserva uma área de atuação exclusiva da Administração, fundada no princípio da separação de poderes.

Assim, a multiplicidade de escolhas *prima facie* disponíveis do agente não lhe permite agir com liberdade; ao contrário, vinculado que é plenamente pela juridicidade e

²⁶² Cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, **Curso...**, v. I..., p. 512.

²⁶³ V. tópicos 3.6.2 e 3.6.3.

²⁶⁴ Cf. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, **A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa**, Coimbra, Almedina, 2011, p. 105; ANDREAS J. KRELL, **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, p. 75 e ss.

²⁶⁵ Este tema foi tratado no tópico 4.1.1, para onde se remete.

consequentemente pela necessidade de perseguir sempre a satisfação do interesse público, o agente deve escolher a hipótese que melhor satisfaça o interesse público²⁶⁶, sendo certo que a escolha do que é “a melhor opção” é uma competência exclusiva administrativa.

O controle que é feito pelos tribunais se desenvolve apenas para impedir a arbitrariedade, o que impõe uma atuação contida e limitada ao controle de erros evidentes e violações fundamentais à juridicidade, o que de todo é o que ocorre também no controle de constitucionalidade, em que os tribunais têm de se autolimitar para que não esvaziem a competência parlamentar.

O poder discricionário é submetido, assim, totalmente à juridicidade, ainda que uma parte não possa ser objeto de controle jurisdicional. Não há aqui uma exceção à tutela jurisdicional efetiva, seja porque variados aspectos do ato são controláveis, seja porque um grau de limitação do âmbito de revisão judicial das decisões administrativas e legislativas é uma decorrência do princípio da separação de poderes, que requer um grau mínimo de salvaguarda da competência administrativa e legislativa²⁶⁷.

No que concerne à relação da discricionariedade com as lacunas, duas questões fundamentais se colocam: a primeira, se é possível reconhecer competência discricionária de uma lacuna; a segunda, se a lacuna não seria propriamente um espaço de discricionariedade.

Como a discricionariedade permite um amplo campo de atuação administrativa não jurisdicionalmente sindicável, o reconhecimento de tal competência proveniente de uma lacuna pode gerar a preocupação de uma atuação arbitrária, o que levaria à impossibilidade de extração de discricionariedade de lacunas.

Todavia, como já se demonstrou no tópico anterior, a competência administrativa não vigora sob uma regra de rigidez e necessidade de previsões expressas, de modo que é possível a extração de competências não expressamente previstas, o que inclui também as competências discricionárias.

Não há qualquer peculiaridade no regime do poder discricionário que permita afastar sua extração de lacunas. O perigo da arbitrariedade que existe no reconhecimento de competências discricionárias não difere do perigo que ordinariamente se encontra

²⁶⁶ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, v. II..., p. 71.

²⁶⁷ Pode-se falar aqui em uma “assimetria” entre a norma de conduta administrativa e a de controle jurisdicional como afirma LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES em *A ciência...*, p. 301.

presente em qualquer interpretação jurídica. Assim, por exemplo, se é atribuída competência a uma autoridade para o recebimento dos tributos e das declarações legalmente exigidas para demonstração da regularidade das operações realizadas pelos contribuintes, sem expressamente prever para qualquer autoridade a competência com o objetivo de realizar a fiscalização, a teoria dos poderes implícitos permite que se reconheça a competência dessa autoridade para realizar a fiscalização tributária e, dentro desta área, a organização da fiscalização, a periodicidade, a escolha dos métodos de investigação, dos agentes que a farão e sobre quais contribuintes, ou seja, o modo como vai operar o serviço de fiscalização, é o exercício de um poder discricionário²⁶⁸, o que demonstra como lacunas podem dar origem a competências discricionárias.

Já no que se refere à indagação sobre ser a lacuna um espaço de discricionariedade, isto é, de a insuficiência do sistema positivo ser um espaço conferido exclusivamente ao administrador²⁶⁹, a resposta deve ser negativa.

Esta concepção parte da noção de que a discricionariedade é fruto da abertura semântica e que o espaço aberto por uma lacuna seria, assim, uma das hipóteses que possibilitariam a multiplicidade de escolhas ao administrador.

Entretanto, já se demonstrou que a abertura semântica ou a multiplicidade de escolhas não é o que caracteriza a discricionariedade, mas sim sua qualidade de insindicabilidade jurisdicional. Neste sentido, as lacunas podem aparecer em áreas de competência discricionária, como naquelas em que a norma do caso será amplamente submetida a um controle jurisdicional. É o que ocorre, por exemplo, quando se reconhece que um ato que viole a dignidade humana é um ato nulo. Ainda que a dignidade não esteja expressamente no rol de atos nulos previstos no CPA²⁷⁰, o reconhecimento da nulidade deste ato é o exercício de uma “atuação vinculada” decorrente de uma lacuna.

Não há qualquer elemento que possa caracterizar que sempre que haja uma lacuna o direito positivo intencione uma atuação exclusiva (não sindicável) da Administração. Ao

²⁶⁸ Ordinariamente, o exercício do poder de polícia, que inclui a fiscalização, é tido como dentro do campo dos atos vinculados, mas, como o exemplo demonstra, alguns de seus aspectos podem comportar a manifestação de poder discricionário.

²⁶⁹ Neste sentido, cf. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições...*, p. 587, em que afirma que as lacunas voluntárias são um espaço de discricionariedade administrativa. O autor, no entanto, diferencia as lacunas propriamente ditas, que teriam a ver com a ausência normativa, e as lacunas voluntárias, que seriam espaços em que o legislador estabeleceu um campo de discricionariedade administrativa.

²⁷⁰ O exemplo foi tratado no tópico 3.3, onde foi desenvolvido.

contrário, o que se verifica é que sua ocorrência pode variar entre as espécies de competência administrativa.

É certo, sem embargo, que a ocorrência de lacunas impõe ao administrador a busca por sua solução, mas isso não significa que essa solução será sempre qualificada pela definitividade da escolha. A rigor, como se disse, é o próprio Direito que informará se a hipótese envolve ou não a possibilidade de controle posterior por um tribunal, o que inviabiliza que se considere que as lacunas são sempre um espaço de discricionariedade administrativa.

4.4 – Conclusões parciais

As regras de competência dão concretude a importantes valores do ordenamento jurídico ao organizarem a manifestação do poder, especialmente se considerado o dado de segurança, democracia e especialização que balizam as regras de competência.

A competência parlamentar não é conflituosa com o conceito de lacunas, porque, enquanto a regra de competência permite a inclusão de valores no sistema positivo, as lacunas trabalham com a interação desses valores e o caso para verificar a suficiência do Direito positivo ou a necessidade de alteração deste nos moldes do indicado pela própria juridicidade.

É importante, contudo, que a interpretação não utilize abusivamente o conceito de lacunas para que não seja arbitrária, o que passa inexoravelmente pela observação da própria regra de competência, pela utilização adequada dos princípios jurídicos e pelo respeito ao texto.

Reforça a importância da regra de competência o fato de que, mesmo diante de uma inconstitucionalidade legislativa por omissão, a Constituição não tenha permitido a substituição ampla do Parlamento pela Corte Constitucional, com a ressalva do instrumento do mandado de injunção brasileiro. Tal característica é qualificada ainda pela necessidade de respeito de um grau mínimo de densificação normativa para que a regra de competência seja substantivamente cumprida. Ambas as hipóteses demonstram como o momento de atuação legislativa e de concretização normativa são distintos e como as lacunas não se destinam a suprir omissões legislativas.

A competência que decorre da descentralização político-administrativa estabelece espaços de competência própria para as regiões autônomas, em Portugal, e para os entes da federação no Brasil, o que determina que na verificação das lacunas se considere tal espaço de competência. Não obstante, diante da existência de uma cláusula supletiva de aplicação do Direito estadual em Portugal, é possível, caso se verifique uma lacuna e ao abrigo da cláusula supletiva, o socorro à utilização da legislação estadual, medida que não encontra paralelo no ordenamento brasileiro, ainda que excepcionalmente por força da necessidade de manutenção de unidade no sistema seja possível a utilização da legislação da União.

A competência administrativa não vigora sob uma regra de rigidez legal, que requer a definição detalhada e expressa de todas as competências administrativas. A natureza aberta dos textos legais permite que se reconheça a competência mesmo inexistindo previsão legal neste sentido, desde que esta seja a intenção normativa do sistema jurídico, o que possibilita a extração de competências também de lacunas.

A teoria dos poderes implícitos reconhece a existência de poderes (competências) não expressamente positivadas, sob o argumento de que, se foram instituídas finalidades a serem perseguidas por determinado ente, devem ser garantidos os meios (a competência) para possibilitar o atingimento de tais finalidades. Essa teoria, que não deixa de ser um modo de reconhecimento de lacunas, é o exemplo mais evidente de como é possível extrair competências não expressamente previstas, ou seja, de lacunas.

As competências administrativas classicamente divididas entre vinculadas e discricionárias não podem ser qualificadas como as que são legalmente detalhadas, e que por isso possibilitam seu controle pelos tribunais (atos vinculados); e as que são um campo de liberdade de escolha administrativa, diante da abertura semântica do texto, e que, por isso, não se submetem ao controle jurisdicional (atos discricionários). Como a abertura é da natureza dos enunciados legais, que aprioristicamente possibilita a atribuição de múltiplas possibilidades ao texto, e como toda conduta relevante para o Direito é juridicamente valorada, especialmente no Direito Administrativo, em que o agir deve ser sempre fundado na juridicidade, a atuação administrativa não é livre. Ao contrário, deve ser pautada por aquela única escolha que adequadamente concretize a juridicidade.

O que distingue a discricionariedade administrativa é apenas sua insindicabilidade administrativa, que, lastreada no princípio da separação de poderes, cria um espaço de competência exclusiva administrativa, ainda que os tribunais continuem controlando

determinados aspectos do ato positiva e negativamente para evitar uma atuação arbitrária da Administração.

A discricionariedade não possui qualquer característica que permita afastar seu reconhecimento de uma lacuna. Diante da natureza aberta dos textos legais, é possível que uma lacuna dê origem a uma competência discricionária.

Em sentido contrário, as lacunas também não são um espaço que o legislador delegou exclusivamente à Administração, ou seja, as lacunas não dão sempre origem a uma competência discricionária. A depender da situação, a competência que se origina de uma lacuna pode dar origem a um ato da Administração jurisdicionalmente sindicável, o que permite concluir que as lacunas podem gerar tanto um ato “vinculado” quanto um discricionário.

CAPÍTULO 3

5 – AS OUTRAS FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O título deste capítulo já demonstra como o tema das fontes é (era) encarado em Direito Administrativo, em razão de sua classicamente considerada única fonte: a lei. A lei reinou solitariamente por muitas décadas no Direito Administrativo e, mesmo quando perdeu a majestade, o fez basicamente para outras formas de expressão do poder estatal, especialmente para os regulamentos e a Constituição.

Esta concepção é pautada na visão positivista legalista que iguala a fonte ao exercício do poder, de modo que fonte é tudo o que provém do poder estabelecido. Contudo, o problema das fontes de Direito é intrinsecamente ligado à própria concepção do que é o Direito, porque as fontes nada mais são do que o Direito positivamente em vigor. Tanto é assim, que o problema das fontes, como bem coloca Castanheira Neves, é o de saber de que modo se forma e exterioriza o Direito positivamente em vigor²⁷¹.

Para o Positivismo legalista, o problema das fontes era o de sua validade dentro de um ordenamento hierarquizado. Com efeito, a questão era a de saber se a norma inferior possuía uma superior que lhe desse validade. Organizado a partir de uma “norma fundamental”, seguida da Constituição, o problema das fontes era, então, já uma questão de Direito positivo, que, lastreado na separação de poderes, conferia ao Parlamento a competência para produção de normas jurídicas.

Afora a problemática questão da norma fundamental, de conflituosa conceituação, todo o problema se resolvia pelo próprio Direito positivo, que estipulava as formas admissíveis de produção normativa.

O Positivismo legalista pretendia, assim, resolver o problema das fontes dentro do próprio Direito, quando a questão é pré-positividade. Não é possível que se verifique a

²⁷¹ Cf., ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do Direito: contributo para a revisão de seu problema*, in *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, v. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 7.

positividade dentro da própria positividade; antes, é preciso saber de que modo a positividade se constitui²⁷².

O problema das fontes não é, desta forma, o de saber se a autoridade tem legitimidade para produzir normas e se essas normas se encaixam dentro do sistema hierarquizado de competências. Esta perspectiva é meramente formal, não demonstra se há um problema de conteúdo, de aceitação da autoridade como produtora de normas jurídicas e acaba por reconhecer o Direito como fruto apenas do poder²⁷³.

O foco apenas na perspectiva formal exclui o conteúdo normativo da análise das fontes e assim nega a natureza eminentemente axiológica do Direito, que já nasce sob uma perspectiva de valor, de certo ou errado, justo ou injusto, direito ou torto²⁷⁴. E a comunidade, que é a destinatária final do Direito e o motivo de sua própria existência, deve ser chamada a participar deste momento de fundação, de modo que as fontes devem ser apenas aquelas reconhecidas como tal por esta comunidade e desde que respeitados os valores básicos desta²⁷⁵.

Assim, além da questão da validade, que é um dado relevante para a análise das fontes, é a vigência, aquilo que a comunidade entende como forma de produção de normas vinculantes, que confere positividade a uma fonte²⁷⁶.

Com efeito, a autoridade a ser reconhecida como fonte produtora de positividade não é aquela politicamente constituída, como pretende o Positivismo, mas aquela reconhecida como tal pela própria comunidade. A perspectiva liberal democrática presente na concepção da separação de poderes só pode ser considerada se respeitada a premissa mais fortemente democrática que é o reconhecimento da centralidade da sociedade como senhora de seu próprio governo e, neste sentido, as fontes do Direito não podem ser aquilo que prescreve o Legislativo em razão da separação de poderes, mas por ter autoridade

²⁷² Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Interpretação e o protagonismo da doutrina*, in: Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 145º, nov.-dez., 2015, Coimbra Editora, p. 72.

²⁷³ Cf. FRANCISCO AGUILAR, *A ideia de Direito ou uma das ideias de Direito?*, in: Revista de Direito Civil, Ano 1, nº 4, Coimbra, Almedina, 2016, p. 854.

²⁷⁴ Neste sentido é que Bachof afirma que a incorporação deste direito “supralegal” na Constituição tem natureza meramente declaratória. Cf. OTTO BACHOF, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa (título original VERFASSUNGSWIDRIGE VERFASSUNGSNORMEN?), Coimbra, Almedina, 2008, p. 45.

²⁷⁵ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do Direito...*, p. 61.

²⁷⁶ Cf. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, p. 174.

reconhecida pela própria comunidade no momento que reconhece as formas de manifestação normativamente vinculantes²⁷⁷.

Não se pretende negar com isso a importância que a lei exerce atualmente no sistema jurídico. Diante da natureza complexa, e cada vez mais complexa, em que as comunidades se organizam, a produção legislativa é um mecanismo eficaz de produção normativa. Formas tradicionais de manifestação do Direito, como o costume, por exemplo, funcionam bem para questões clássicas de justiça, são indicadores axiológicos de valores da comunidade, mas já não funcionam bem para a regulação de questões novas e futuras, bem como para temas em que a manifestação do valor justiça é baixo, como, por exemplo, para estipular a organização e funcionamento de entes coletivos.

No mesmo sentido, as funções tradicionalmente reconhecidas à legalidade, como a de garantia democrática, são valiosas ferramentas do Estado de Direito democrático e permitem o controle do poder e a escolha de como questões fundamentais da sociedade serão reguladas. O que não se pode é creditar apenas à separação de poderes o fundamento para considerar a lei fonte do Direito.

Como dito, o Positivismo legalista resolve o problema das fontes dentro do próprio sistema positivo e o faz retirando a competência de um sistema hierarquizado, de modo que as competências de baixo tiram sua validade das competências superiores, de maneira que o problema a solucionar é qual a norma máxima do sistema jurídico e de onde retira seu fundamento²⁷⁸.

Para a teoria pura de Kelsen, a norma superior do ordenamento, a norma fundamental, é aquela que estabelece como as demais normas de um ordenamento são criadas; ela é apenas a fonte das demais fontes do Direito. A norma fundamental não retira seu fundamento de outra norma e, por isso, é tida por Kelsen como uma norma pressuposta, porque, em sua concepção, a norma jurídica é produto da vontade, ainda que extraída de uma evidência como os costumes²⁷⁹, o que não se reconhece na norma fundamental. Se as demais normas precisam retirar o fundamento de validade de outra

²⁷⁷ Cf., ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do Direito...*, p. 69.

²⁷⁸ Cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito...*, p. 135.

²⁷⁹ Cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito...*, p. 137.

norma “este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta”²⁸⁰.

A norma fundamental só trata do modo como as normas de um ordenamento serão criadas, sem, com isso, fazer qualquer juízo sobre o conteúdo delas, isto é, não há um conteúdo, uma perspectiva axiológica, na norma fundamental, só a estipulação de uma competência formal para produção de outras normas²⁸¹.

O Positivismo legalista de Kelsen é assim absolutamente descompromissado com a busca de um fundamento externo que fundamente o Direito e, conseqüentemente, suas fontes²⁸². A norma fundamental é apenas o pressuposto formal para as normas inferiores, nela incluída a Constituição e o princípio da separação de poderes, que validam, por conseguinte, toda a produção normativa subsequente.

Já para a teoria positivista moderada de Hart, as fontes precisam derivar da regra de reconhecimento, norma superior do ordenamento jurídico, que determina que normas são válidas e uma relação de subordinação entre elas. De forma próxima à teoria de Kelsen, a regra de competência para Hart é a norma que permite a atribuição de validade para as demais normas do sistema, também sob a perspectiva de um modelo escalonado²⁸³.

A teoria de Hart se diferencia, contudo, da de Kelsen em relação ao modo de justificação da regra fundamental ou de reconhecimento, que não deve ser meramente pressuposta, mas faticamente verificada. De acordo com Hart, em sociedades complexas as pessoas podem cumprir ou não uma norma válida e o mero fato de observar uma norma não significa que se concorde com ela, visto que é possível que o façam por medo das conseqüências que advirão de seu descumprimento. Assim, o cumprimento da lei é um forte indicativo da existência de um sistema jurídico, mas não basta, porque é preciso o reconhecimento por parte dos “funcionários do sistema”, especialmente pelos tribunais, de sua validade²⁸⁴.

²⁸⁰ Cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito...*, p. 140.

²⁸¹ Cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito...*, p. 141.

²⁸² Neste sentido, Kelsen afirma que a norma fundamental é “meramente pensada”. Cf. HANS KELSEN, *Teoria geral das normas...*, 328.

²⁸³ Cf. H. L. A. HART, *O Conceito de Direito*, tradução de A. Ribeiro Mendes (título original: THE CONCEPT OF LAW), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 117.

²⁸⁴ Cf. H. L. A. HART, *O Conceito...*, p. 126.

Destarte, para os tribunais a questão se coloca de forma diferente. De início, de modo diverso dos indivíduos que podem cumprir normas sem pensarem profundamente sobre isso, sem que precisem ter uma postura crítica sobre elas, os tribunais atuam fazendo uma apreciação sobre se determinada norma pode ser aceita como válida. Neste sentido, para que se considere um sistema jurídico como existente é preciso que os tribunais encarem de forma conjunta as normas que entendem válidas, porque se cada juiz decidisse pautado em suas próprias convicções o sistema seria caótico, o que inviabilizaria mesmo de lhe considerar um sistema existente. Com efeito, ainda que eventualmente uma decisão ou outra desconsidere este padrão de comportamento, tal conduta deve ser objeto de reprovação por parte de seus componentes, o que demonstra como a unidade do corpo do tribunal, ao reconhecer as normas de efeito vinculante, estabelecem as fontes válidas. A existência do sistema jurídico depende, assim, da aceitação que os tribunais fazem de forma unitária da regra de reconhecimento, que por consequência atribui validade para as demais normas do sistema²⁸⁵.

Já no que concerne à validade da própria regra de reconhecimento, para Hart esta questão não se coloca, porque a validade só tem sentido dentro de um sistema e a regra de competência é o que dá origem ao sistema, de modo que basta considerar sua existência, que é um fato verificado especialmente na conduta dos tribunais²⁸⁶.

De forma semelhante a Kelsen, Bobbio compreende a norma fundamental como a que dá suporte a todas as demais normas do sistema jurídico, de onde as normas, a começar pela Constituição, retiram seu fundamento de validade, o que, ao cabo, define se a norma pertence ou não a determinado sistema jurídico e lhe confere unidade²⁸⁷.

Para Bobbio, a norma fundamental não tem um fundamento externo; esta funciona como um “postulado”, que são elementos que se originam de uma “convecção” ou uma “proposição evidente”. A se colocar o problema do fundamento da norma fundamental, haveria de se indagar o fundamento do fundamento, o que leva o problema ao infinito²⁸⁸.

²⁸⁵ Cf. H. L. A. HART, *O Conceito...*, p. 127.

²⁸⁶ Cf. H. L. A. HART, *O Conceito...*, p. 120-121.

²⁸⁷ Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico...*, p. 62.

²⁸⁸ Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico...*, p. 62.

Já no que se refere ao conteúdo da norma fundamental, Bobbio afirma que esta “estabelece que é preciso obedecer ao poder originário”²⁸⁹. Neste sentido, o conteúdo da norma fundamental é apenas o de reconhecer a validade dos atos do poder originário e os que dele decorrem. O autor ressalva, todavia, que não se deve confundir poder com força (ou violência), uma vez que o poder pode provir de um consenso estabelecido pela sociedade²⁹⁰. O que não afasta a utilização da força para que as normas sejam observadas como uma característica do ordenamento jurídico, haja vista que o “ordenamento jurídico existe quando seja eficaz”²⁹¹.

De acordo com Bobbio, a norma fundamental não tem um conteúdo de justiça que se coloca fora de sua teoria; ela não tem qualquer perspectiva axiológica. A norma fundamental legitima o exercício da força pelo poder estabelecido, ainda que ela seja moralmente injusta²⁹².

Como se verifica, as teorias suscitadas, que bem exemplificam o ponto numa análise ampla da perspectiva da teoria positivista, concebem a norma que confere validade para as demais normas do ordenamento sem que nela haja um conteúdo de valor²⁹³, mas apenas a atribuição de uma competência normativa inferior²⁹⁴.

A norma fundamental ou de reconhecimento justifica, destarte, a competência da autoridade (ou das autoridades) para produzir normas com força vinculante. Nesta perspectiva, o poder é apenas reconhecido ou não reconhecido como competente. Todo o conteúdo que advém da produção normativa logo abaixo da norma fundamental – o que normalmente se encontra nas constituições – não é limitado. A norma fundamental, em suma, não confere limites axiológicos à autoridade que detém a primeira competência normativa.

²⁸⁹ Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico...*, p. 65.

²⁹⁰ Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico...*, p. 66.

²⁹¹ Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico...*, p. 67.

²⁹² Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico...*, p. 67.

²⁹³ Hart, no *post scriptum* de seu livro, responde esta crítica afirmando que sua concepção da norma de reconhecimento tem uma perspectiva axiológica, de “conformidade com princípios morais ou com valores substantivos”, sem, contudo, explicar a tese, que também não aparece no texto original do livro. Cf. H. L. A. HART, *O conceito...*, p. 312.

²⁹⁴ Ainda neste sentido, cf. JOSEPH RAZ, *La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral*, tradução de Rolando Tamayo, México D.F., editado pela imprensa da Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, p. 93.

Já aqui é preciso fazer uma ressalva: as teorias positivistas, em maior ou menor grau, partem da premissa de que as normas de um dado sistema jurídico devem ser respeitadas em larga escala pelos indivíduos, porque a ausência absoluta de produção de efeitos indica que aquele poder não está sendo efetivamente exercido, isto é, a força inerente à vinculação jurídica não existe, o que afasta a pressuposição de reconhecimento desta autoridade por parte da norma fundamental²⁹⁵. Ainda que esta seja efetivamente uma indicação da absoluta ausência de legitimidade da autoridade, é demasiadamente tímida, já que o mero cumprimento de uma norma jurídica não quer dizer que haja concordância com o poder atribuído à autoridade e que seu conteúdo seja válido. Hart, em alguma medida, tenta solucionar essa questão incluindo a necessidade de aceitabilidade da norma por parte especialmente dos tribunais, o que diminui, mas ainda não resolve, totalmente o problema da legitimidade e validade normativa.

De fato, a perspectiva positivista apresentada é focada apenas na descrição do fundamento formal do exercício do poder, sem, com isso, reconhecer a necessidade de valores mínimos fundacionais de uma comunidade, porque, ainda que se reconheça que uma comunidade possa ser dominada pela força contra sua própria vontade, já não se pode pretender que esta seja a exteriorização do Direito, que deve estabelecer uma perspectiva substantiva de validade, legal ou ilegal, justo ou injusto, já no reconhecimento das formas admissíveis de positividade.

Se o Direito não é apenas a expressão do poder, mas tem como função regular a vida em comunidade, é preciso que esta mesma comunidade reconheça como o Direito pode ser exteriorizado e quais os valores mínimos que devem ser respeitados. Assim, as fontes do Direito não são aquelas que provêm da autoridade estabelecida pelo poder (e reconhecidas pela norma fundamental), mas aquelas que encontram respaldo comunitário, que são reconhecidas pela comunidade como uma fonte legítima²⁹⁶. Neste sentido, é que Castanheira Neves afirma que a questão das fontes não deve ser remetida ao poder e as formas como este preceitua as normas, mas a vigência, porque “o direito é a normatividade histórica-comunitariamente assumida justamente como direito”²⁹⁷.

²⁹⁵ Cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito...*, p. 149.

²⁹⁶ Neste sentido é que a validade de uma Constituição fica vinculada ao respeito dos valores básicos da comunidade. Em sentido semelhante, cf. OTTO BACHOF, *Normas constitucionais...*, p. 42-43.

²⁹⁷ Cf., ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do Direito...*, p. 55.

A concepção de que os indivíduos se organizam em sociedade para servir ao Estado é típica dos Estados totalitários; já o Estado que se pretenda de Direito democrático tem de servir como meio de promoção e respeito dos indivíduos²⁹⁸. O Direito só terá uma perspectiva realmente democrática se a comunidade for qualificada como a razão de ser do Direito, o que impõe que se reconheçam valores básicos de justiça, ligados à própria consideração efetiva da comunidade e da importância dos indivíduos, o que leva a um conteúdo mínimo de valor garantido já na fundação do sistema jurídico, como, por exemplo, o da intrínseca e igual dignidade humana²⁹⁹.

Neste sentido, o respeito à vontade da comunidade não deve ser entendido como a possibilidade de opressão da minoria pela vontade da maioria, mas a necessidade de consideração efetiva do pluralismo social que a compõe e que deve participar do consenso social mínimo sobre o sentido do Direito³⁰⁰.

Assim, é preciso que a consideração da comunidade não seja a de um bloco sólido com vontade única, mas especialmente a de um conjunto de indivíduos particularmente considerados, que a compõe e que integram o caldo social que dá origem ao Direito, o que, portanto, lhes garante representatividade sobre os valores básicos fundacionais do Direito³⁰¹.

A concepção de um Estado de Direito democrático tem como premissa básica o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos e titular de um mínimo de direitos que lhe são inatos, que independem do reconhecimento da autoridade política e que, antes,

²⁹⁸ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana, v. I: dignidade e direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 59.

²⁹⁹ Cf. FRANCISCO AGUILAR, *A ideia de Direito...*, 855

³⁰⁰ A ideia de um consenso social é de complexa verificação, especialmente porque visões extremas podem simplesmente impedir o consenso, o que faz com que seja necessário desconsiderar parte das manifestações. Neste sentido, parece adequada a noção de um pluralismo razoável que exclui as posições que não podem ser reciprocamente validadas, ou seja, que considera apenas as manifestações que podem ser reciprocamente estendidas a todos os demais membros da comunidade. Neste sentido, vale a analogia com a pretensão de construção de um conceito de dignidade humana consensual empreendida por JORGE REIS NOVAIS em *A dignidade da pessoa humana, v. II...*, p. 75 e ss.

³⁰¹ Cf. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Estudios...*, p. 176 e ss. O autor, entretanto, adota posição substancialmente mais restrita porque não reconhece uma limitação da constituição à direito pré-existente, mas afirma que o poder constituinte não é inteiramente livre, uma vez que no momento constituinte está condicionado aos “princípios éticos e morais” do povo, sob pena de não ter uma constituição vigente, p. 179-180.

condicionam a validade das normas produzidas por essa autoridade ao respeito da igual dignidade humana³⁰².

Depois dos horrores verificados na Segunda Guerra Mundial, evento que deixou clara a necessidade de reconhecimento de valores básicos e inatos ao indivíduo, fato que disseminou o princípio da igual dignidade humana para diversos textos constitucionais e documentos internacionais a partir da segunda metade do século XX, já não se pode admitir como um Estado de Direito democrático aquele que não tenha sua fundação lastreada na igual dignidade humana³⁰³.

Este mínimo civilizatório que é a igual dignidade humana vincula, inclusive, o poder constituinte originário, que não tem liberdade para colocar no texto constitucional dispositivos que violem este intrínseco direito. Com efeito, parece hoje indubitável que uma Constituição que preveja a escravidão ou o genocídio não seja válida exatamente por violação à dignidade. A igual dignidade humana é um valor absoluto³⁰⁴, que não pode ceder frente a outros direitos³⁰⁵, e que constitui a base sobre a qual se constrói o Estado de Direito democrático, de modo que é o valor superior do ordenamento jurídico, o que lhe confere o status de pré e supraconstitucional³⁰⁶.

A conclusão a que se chega é a de que as fontes do Direito são todas aquelas reconhecidas pela comunidade como a normatividade vinculante vigente, que respeitem

³⁰² Cf. PAULO OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, v. I, Coimbra, Almedina, 2007, p. 557.

³⁰³ Cf. PETER HÄBERLE, *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, in: Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, tradução de Rita Dostal Zanini, Ingo Wolfgang Sarlet (Orgs.), Rio de Janeiro, Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 81.

³⁰⁴ A concepção da dignidade como valor absoluto que se afirma é aquela ligada à sua insusceptibilidade de restrição por outros direitos. De outro lado, o conteúdo do que é resguardado pela dignidade não é absoluto, no sentido de evidente, mas depende de uma construção lastreada em consenso social. Sobre a dificuldade em se chegar a um conceito de dignidade, cf. INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 49.

³⁰⁵ Neste sentido, Béatrice Maurer afirma que “a dignidade não é algo relativo... a dignidade fundamental do homem é um absoluto. Ela é total e indestrutível. Ela é aquilo que chamamos de inamissível, não pode ser perdida”. Cf. BÉATRICE MAURER, *Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*, in: Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, tradução de Rita Dostal Zanini, Ingo Wolfgang Sarlet (Orgs.), Rio de Janeiro, Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 137.

³⁰⁶ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p.374.

um mínimo de fundamento axiológico estabelecido pela comunidade como base de constituição do Direito.

Esta noção não afasta, evidentemente, como fonte do Direito a produção legislativa e sua inegável importância nas sociedades modernas, fato que, no entanto, merece duas menções: (i) a lei como fonte não deve ser encarada numa perspectiva exclusivamente formal e ligada ao poder; e (ii) a proeminência da lei não afasta as demais formas de positividade não legislativas aceitas como normatividade vinculante pela comunidade, tais como, mas não exclusivamente, os costumes, a doutrina, a jurisdição, as fontes internacionais e comunitárias e as que decorrem da manifestação de vontade administrativa, que são, em larga medida, negligenciadas no estudo das fontes do Direito Administrativo.

Em suma, a insuficiência do Direito positivo de que trata o conceito de lacunas adotado não é apenas a insuficiência legislativa, mas de toda e qualquer fonte do Direito Administrativo, o que requer uma análise dessas outras fontes e sua relação com o conceito de lacunas.

5.1 – Fonte consuetudinária

A doutrina que admite o costume como fonte do Direito normalmente elenca dois requisitos para sua verificação: (i) a prática social reiterada (*corpus*); e (ii) o reconhecimento de sua obrigatoriedade (*opinio iuris*)³⁰⁷. Não obstante, tal como já apontado sobre as fontes em geral, não é o mero reconhecimento de sua obrigatoriedade ou mesmo a convicção de que o costume deva ser observado o que lhe confere positividade, mas seu reconhecimento pela comunidade como uma normatividade vinculante³⁰⁸.

Na verdade, o costume é a manifestação de uma prática social que contém um sentido de dever ser, que é reiterado no tempo e que assim afirma a autoridade da conduta comunitariamente aceita como normatividade vinculante. Isso configura na fonte consuetudinária a união de seu momento de constituição e de fundamentação, unidade esta

³⁰⁷ Cf. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *O caleidoscópio do Direito...*, p. 461-462.

³⁰⁸ Cf., ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do Direito...*, p. 23

que se apresenta porque a validade normativa do costume é tanto o que lhe dá origem quanto o que lhe fundamenta³⁰⁹.

De outro lado, a negação do costume como fonte do Direito é fruto da visão de extremo apego do Positivismo legalista, que, se não excluía o costume como uma das possíveis fontes do Direito, centrava na produção legislativa a visão de fonte por excelência do Direito. Este reinado absoluto da lei foi recepcionado no Direito Administrativo com ainda mais vigor, em razão das peculiaridades da legalidade administrativa, o que levou à negação do costume ou sua utilização apenas residual como fonte do Direito Administrativo³¹⁰.

Destaca-se que ainda hoje o argumento central para afastar a aplicação dos costumes é o princípio constitucional da legalidade e a premissa de que a Constituição só atribui ao exercício da vontade legislativa a característica de fonte do Direito Administrativo.

Contudo, como já se demonstrou, esta noção reconhece apenas o poder e o exercício da força como os legítimos produtores de normas, mas o Direito não se funda na força ou no poder, mas nos indivíduos e na regulação necessária para seu convívio em sociedade, de modo que é da sociedade que o Direito retira sua legitimidade; o costume é uma fonte desde que a comunidade lhe atribua vigência, ou seja, reconheça que é uma forma de normatividade vinculante.

Neste sentido, não há uma relação de exclusão entre a lei ou o costume, como se só um deles pudesse vigorar. O princípio da legalidade administrativa (em sentido estrito ou de reserva de lei parlamentar) resguarda a competência parlamentar para a emanção de atos legislativos, mas não impede que outra fonte também vigore, abarcada pelo conceito maior de juridicidade administrativa.

A doutrina administrativa está paulatinamente reconhecendo a importância dos costumes como uma fonte do Direito Administrativo independente da lei, leia-se

³⁰⁹ Cf., ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do Direito...*, p. 70.

³¹⁰ Negando o costume como fonte do Direito Administrativo, cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, p. 63. Admitindo o costume apenas *secundum e praeter legem*, cf. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 45; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Curso...*, p. 70; HANS J. WOLF, OTTO BACHOFF e ROLF STROBER, *Direito Administrativo*, v. 1..., p. 349. Admitindo o costume apenas *praeter legem*, cf. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I, Madrid, Editora Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 158-159.

independente dos limites impostos pela positividade já instaurada³¹¹. Assim, os costumes não vigoram porque a lei permitiu, e, conseqüentemente, dentro dos limites estabelecidos por esta, mas porque são uma forma de normatividade vigente reconhecida pela própria comunidade.

No mesmo sentido, o argumento de que a legalidade deve ser priorizada em razão de sua componente democrática esbarra na natureza ainda mais democrática dos costumes, que são formados a partir da conduta social, de forma que seria democraticamente incoerente dar maior relevância à vontade representada pelos ocupantes do poder do que aquela que se origina diretamente da sociedade³¹².

Efetivamente, a história demonstra que os costumes são uma forma primitiva, no sentido de básica, de regulação das condutas. Em sociedades menos complexas, antes de uma normatização manifestada de forma escrita e originária do poder político constituído, eram os costumes que regiam as relações sociais, o que só reforça sua perspectiva democrática que se manifestava historicamente antes mesmo da instauração de um poder legislativo³¹³.

Reconhecido o costume como uma fonte do Direito (e do Direito Administrativo), é preciso verificar sua interação com a Constituição e com a legislação, em especial diante da hierarquização normativa que tem origem na Constituição.

5.1.1 – Costume constitucional

O constitucionalismo moderno tem como premissa (formal) o fato de a Constituição ser uma norma jurídica efetiva, que se encontra no ápice do ordenamento

³¹¹ Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, v. I..., p. 82; PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 394.

³¹² Neste sentido, Rousseau, ao tratar das espécies de relação dos homens com a lei, já afirmava que os costumes são “a mais importante de todas, que não se grava nem no mármore nem no bronze, porém nos corações dos cidadãos”. Cf. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *O contrato social*, tradução de Antonio de Pádua Danesi, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 66.

³¹³ Os costumes eram o que, por exemplo, regiam o comportamento dos índios já no momento em que Cabral aportou no território que hoje se chama Brasil. Cf. JORGE CALDEIRA, *História da riqueza no Brasil: cinco séculos de pessoas, costumes e governos*, Rio de Janeiro, Estação Brasil, 2017, p. 24.

jurídico e que limita a atuação parlamentar³¹⁴, de modo absoluto, quando nela se encontram limites intransponíveis de alteração ao texto constitucional, ou relativo, quando apenas condiciona a alteração à observância de requisitos mais estritos que os para aprovação da legislação ordinária. A construção da teoria constitucional parte, destarte, do reconhecimento de uma especial força da norma constitucional em relação ao resto do ordenamento, característica que pode ensejar a negação de costumes constitucionais, principalmente os contrários às normas constitucionais³¹⁵.

Todavia, essa concepção ainda é pautada na inversão da ordem fundante do Direito ao dar maior deferência à manifestação formal do poder do que ao reconhecimento de normas que provenham do reconhecimento direto da comunidade. A negação de costumes constitucionais é a negação da legitimidade comunitária para decidir quais são as normas vinculantes.

No limite, é possível que a própria comunidade abandone a Constituição e adote um novo texto constitucional, o que demonstra como, ao cabo, a rigidez constitucional é “eterna enquanto dura”, porque não é capaz de se sobrepor à vontade da comunidade em sentido contrário. A realidade comprova que as constituições nunca venceram as revoluções.

Neste sentido, é que Paulo Bonavides afirma que existem dois poderes constituintes originários: um que formalmente escreve a Constituição; outro que deriva da sociedade, que não tem um titular definido, mas que provém da realidade cotidiana, que lentamente a modifica pela prática de modo que vai alterando seu conteúdo, o que tanto permite o rejuvenescimento da Constituição quanto impede que ela seja desprovida de legitimidade e acabe tendo sua efetividade esvaziada³¹⁶.

Ainda que se reconheça a tentativa de instituição de um programa constitucional a ser desenvolvido por sua “força normativa”³¹⁷, a conduta factual do que Ferdinand Lassalle

³¹⁴ Cf. CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO, *Direito Constitucional: teoria, história, e métodos de trabalho*, Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 53.

³¹⁵ Tratando do “problema do costume em constituição formal”, cf. JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição...*, 240 e ss.

³¹⁶ Cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 191.

³¹⁷ A tese de Hesse sobre a força normativa da Constituição, uma resposta à concepção constitucional eminentemente política de Lassalle, que não é completamente desconsiderada por Hesse, baseia-se na possibilidade de concretização efetiva da vontade constitucional. Cf. KONRAD HESSE, *A força normativa da Constituição...*, passim.

denominou “fatores reais de poder”, as forças que efetivamente influenciam o destino de uma nação³¹⁸, pode frustrar esta pretensão e não é ilegítimo que o faça, porque, ainda que se admita algum tipo de limitação das gerações futuras pelas do passado, tal limitação não pode ser demasiada, pois seria absolutamente antidemocrática. Também não é impossível que o faça: uma vez que não reconhecida pela comunidade, a Constituição pode ser transformada em um pedaço de papel sem qualquer relevância prática³¹⁹.

A realidade portuguesa tem um exemplo brutal deste fenômeno quando se verifica que na redação constitucional original era prevista a transição para o modelo socialista como um dos princípios norteadores do Estado³²⁰, mas tudo o que se verificou depois de terminados os trabalhos do poder constituinte originário foi um caminhar em sentido contrário, que cotidianamente ia infirmando este programa³²¹, até que, reconhecido o descompasso com a realidade, o dispositivo foi retirado formalmente da Constituição, ato que apenas formalizou o que já era um costume (contra o texto constitucional) e que, portanto, tem feição meramente declaratória³²².

No Brasil, é possível citar, entre outros³²³, o caso das medidas provisórias, que, desenhadas para serem um instrumento de utilização excepcional, sobretudo em razão de ter como requisito uma situação de relevância e urgência³²⁴, acabaram se tornando de uso

³¹⁸ Neste sentido, afirma Lassalle que os “problemas constitucionais não são um problema de Direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos de poder que naquele país regem”. Cf. FERDINAND LASSALLE, *Que é uma Constituição?*, tradução de Walter Stönnner, São Paulo, Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 63.

³¹⁹ Tratando o tema numa perspectiva mais ampla: da “emergência de uma Constituição não oficial”, cf. PAULO OTERO, *As instituições políticas e a emergência de uma “Constituição não oficial”*, in: Anuário português de Direito Constitucional, v. II, Ano II, Coimbra, 2002, passim. O autor afirma que “as normas consuetudinárias ocupam a maior parte do núcleo da ‘normatividade não oficial’”, mas reconhece outros elementos como, exemplificativamente, os “precedentes, convenções constitucionais, vinculações contratuais políticas, usos parlamentares e simples praxes”, p. 105.

³²⁰ V. artigo 2.º da CRP em sua redação original.

³²¹ Sobre como o princípio socialista foi contrariado pelo que se sucedeu após a vigência da CRP de 1976, cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 426-427.

³²² A respeito da natureza declarativa da revisão constitucional que incorpora a “normatividade não oficial”, cf. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, v. II..., p. 143.

³²³ O exemplo mais corriqueiro na doutrina brasileira de costume constitucional envolve o “voto de liderança”, por meio do qual os líderes de cada partido votam em nome de todos os membros de seu partido, por todos, cf. CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO e DANIEL SARMENTO, *Direito Constitucional...*, p. 538.

³²⁴ Dispõe o artigo 62 da CRB que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

corriqueiro, permitindo ao presidente da República importante atuação, para não dizer verdadeira proeminência, na produção de atos legislativos, sem que tenha encontrado verdadeira oposição por parte do Parlamento³²⁵ ou do Supremo Tribunal Federal, o que demonstra um costume que contraria o escopo original da Constituição³²⁶.

A admissão de costumes constitucionais é o reconhecimento da legitimidade comunitária para conduzir as questões mais relevantes do Estado, inclusive por meio de comportamentos que exteriorizam condutas que demonstram, por exemplo, como determinado dispositivo constitucional não se encontra mais em vigor, teve seu sentido alterado, deve ser complementado no sentido dado por determinada conduta ou mesmo que foi inteiramente substituído por norma costumeira em sentido contrário ao que se encontra no texto constitucional³²⁷.

A partir desta premissa, é possível indagar se os costumes constitucionais, exercício de verdadeiro e altamente democrático poder constituinte, são ilimitados e se isso não vulneraria a função de garantia contramajoritária desempenhada pela Constituição. A resposta há de ser que, tal como todo poder constituinte, os costumes não são ilimitados; ao contrário, são limitados à razão fundante do Direito como intencionalidade axiológica que já condiciona a positividade em razão de princípios fundamentais de justiça, sobretudo da igual dignidade humana³²⁸.

Ainda que seja legítimo o temor de condutas arbitrárias que possam pretensamente ser constituídas sob um alegado costume, nada impede que uma Constituição seja redigida com a mesma perspectiva. O que já não se pode admitir é que tanto aquela conduta seja

³²⁵ A emenda constitucional n.º 32 limitou as hipóteses possíveis de edição de medida provisória, todavia, diante da timidez da limitação e da contínua utilização em larga escala do instrumento, em vez de ser uma forma de reação do Parlamento contra a atuação excessiva do presidente, foi um caso verdadeiro de “exceção que confirma a regra”, ou seja, a resposta do Parlamento por meio da EC n.º 32 é o reconhecimento de que as medidas provisórias já não são mais um meio excepcional de que dispõe o presidente.

³²⁶ Pode-se, também, pensar num embrionário processo de construção de costume no que concerne ao modo de governo. Como do total de quatro presidentes eleitos depois da redemocratização brasileira dois foram retirados do poder via *impeachment*, é possível que, a depender do desenrolar da história, o *impeachment* se transforme em mero ato de derrubada do governo, nos moldes do que ocorre no parlamentarismo.

³²⁷ Sobre costume *contra constitutionem scripta*, cf. LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO, *A autoridade moral da Constituição: da função de validade do Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 618 e ss. Negando a possibilidade de costume contra o texto constitucional, cf. ANDERSON SANT’ANA PEDRA, *A jurisdição constitucional e a criação do Direito na atualidade*, Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 171.

³²⁸ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 433.

considerada um costume quanto este documento seja uma Constituição, porque ambos são inválidos ao não respeitarem os mais básicos preceitos de valor que sustentam o Estado de Direito democrático. Em suma, os costumes constitucionais são limitados, porque não podem violar a própria concepção de Direito.

5.1.2 – Costume, legalidade administrativa e lacunas

Admitido o costume constitucional, com mais razão há de se admitir o costume em Direito Administrativo. O princípio da legalidade administrativa que é, em geral, o argumento daqueles que negam o costume como fonte do Direito Administrativo³²⁹ não impede a admissão de outras fontes em razão dos argumentos já demonstrados e que podem ser assim sumarizados:

- (i) As fontes do Direito não partem da positividade, mas do que é reconhecido pela comunidade como normatividade vinculante, de modo que não é a lei quem pode determinar quais são as fontes do Direito Administrativo;
- (ii) A juridicidade administrativa, que abarca de forma ampla o conceito de atuação conforme o Direito, engloba todas as fontes do Direito Administrativo, inclusive a consuetudinária;
- (iii) A legalidade em sentido estrito deve ser entendida como a possibilidade de inovação legislativa, sem que, com isso, estejam excluídas as outras fontes do Direito Administrativo.

O reconhecimento do costume como fonte do Direito Administrativo não afasta a evidente e natural proeminência que a fonte legislativa goza nos dias de hoje, mas solicita uma análise da interação entre essas duas fontes, em especial se é possível a manifestação de costumes contra a lei ou apenas na omissão ou incompletude da lei.

³²⁹ Neste sentido, afirmam Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos que “por força do princípio da legalidade, o costume não pode servir como fundamento da actuação administrativa”. Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...*, p. 68. Em sentido contrário, afirmando que a lei não pode excluir os costumes como fonte do Direito, cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal...*, p. 193.

A doutrina que defende que os costumes apenas podem ser admitidos *secundum e praeter legem*, e não *contra legem*, parte da premissa de que a lei é a fonte por excelência do Direito Administrativo, de modo que só podem ser admitidos os costumes que não contrariem o legalmente previsto, sendo que tanto o ordenamento brasileiro quanto o português contêm dispositivo relegando um papel secundário aos costumes³³⁰.

Entretanto, a lei não pode limitar as fontes do Direito, porque já são positividade estabelecida. É em momento anterior à própria positividade que se coloca o problema das fontes, que, como dito, têm na comunidade a titularidade para seu reconhecimento, de maneira que a fonte consuetudinária, que é a manifestação de vigência normativa fundada diretamente na comunidade, é legítima e primária fonte do Direito Administrativo, inclusive quando o costume é contrário ao disposto em lei³³¹.

São diversos os exemplos de costumes no Direito Administrativo, mesmo os contrários à lei. O estacionamento “irregular” (contra o texto da lei) de veículos em frente às escolas no horário em que as crianças estão chegando ou saindo são uma realidade amplamente admitida pela fiscalização de trânsito no Brasil e em Portugal. No mesmo sentido, em razão da violência que aflige várias cidades do Brasil, é um costume ultrapassar o sinal de trânsito vermelho³³², depois das 22:00 horas, cruzando o semáforo com a cautela possível para que os ocupantes do veículo não fiquem parados em local de risco³³³.

Outro exemplo cotidiano de costume no Direito Administrativo brasileiro envolve a aplicação da lei de licitações. De acordo com o que dispõe a CRB, a competência da União para legislar sobre licitações e contratos administrativos é dividida em duas: (i) uma para editar normas gerais, que devem ser observadas pelos demais membros da federação³³⁴ e que, por sua vez, devem produzir legislação que complemente as normas gerais; (ii) outra

³³⁰ V. artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro e artigo 3º do Código Civil português.

³³¹ No que concerne aos limites dos costumes, aqui se aplica o mesmo que se disse sobre os costumes contra a Constituição; a limitação se dá em razão dos princípios fundantes do Direito.

³³² Avançar o sinal vermelho do semáforo é ordinariamente uma infração gravíssima de acordo com o art. 208 do Código de Trânsito brasileiro.

³³³ Diversas são as formas de conduta das autoridades neste cenário. Em alguns municípios, há lei ou decreto determinando que não sejam multados os infratores (v. Decreto nº 30.404 de 12/01/2009, do Município do Rio de Janeiro), o que, a rigor, viola a competência privativa da União para legislar sobre trânsito; em outros municípios, o procedimento se dá pelo desligamento dos instrumentos de fiscalização depois das 22h, todos reconhecendo sua vinculação a um costume contra a norma presente no Código de Trânsito.

³³⁴ V. art. 22, XXVII da CRB.

que diz respeito à administração da própria União e que, assim, goza de competência para legislar de forma completa sobre o tema. Assim, as leis que tratam de licitações e contratos administrativos provenientes da União deveriam ser aplicadas aos demais entes apenas no que concerne às normas gerais.

Em que pese ser esta a determinação constitucional e mesmo que diversos entes da federação tenham leis específicas sobre licitação e contratos, o que se verifica no cotidiano brasileiro é a aplicação por todos os entes da legislação da União de modo pleno, e não restrita às normas gerais, o que se faz em violação às normas próprias dos entes federados e a distribuição legislativa de competência prevista na Constituição. Tal fenômeno é endossado pelos órgãos de controle e tribunais que também utilizam a legislação federal na análise dos casos. Trata-se, portanto, de verdadeiro costume que criou uma norma que habilita nos demais entes a vigência plena da legislação federal sobre licitações e contratos, costume este que é notoriamente *contra legem*³³⁵.

A formação de costumes *contra legem* não significa que o Estado necessariamente aceite passivamente o fenômeno, o que pode gerar condutas administrativas com o intuito de revisão do costume, como a tentativa de aplicação da lei por meio de medidas educativas ou aplicação de sanções, por exemplo, ou mesmo modificando a norma para que a nova legislação passe a ser respeitada, hipótese em que, caso alterado o comportamento social, um novo costume reabilita o respeito à legislação. É possível, ainda, que o costume seja reconhecido e entronizado em legislação expressa, alteração que retira sua natureza *contra legem*.

Assim, a relação dos costumes com a lei pode apresentar diversas perspectivas, especificamente:

- (i) A lei pode apenas ser a manifestação expressa de um anterior costume, o que caracteriza a natureza meramente declarativa do ato legal;
- (ii) O costume pode ser aplicado independentemente de lei;
- (iii) O costume pode funcionar complementando a lei sempre que se desenvolva nos limites da normatividade legal;

³³⁵ Reconhecendo em termos fáticos a aplicação direta da legislação federal sobre licitação e contratos pelos demais entes da federação, cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Dialética, 2005, p. 15.

- (iv) O costume pode ser contrário à lei, hipótese em que atua com eficácia revogatória;
- (v) No caso do costume *contra legem*, a lei pode voltar a produzir efeitos caso novo costume se desenvolva reabilitando a anterior normatividade de lei;
- (vi) Uma nova lei pode ser o instrumento utilizado para tentar alterar um costume contrário à anterior legislação.

Neste ponto, pode-se concluir que o costume é umas das formas de positividade do Direito Administrativo, o que vem sendo objeto de crescente reconhecimento da doutrina administrativa. A utilização do costume não é, assim, uma das formas de suprir lacunas, como faz parecer alguns dispositivos legais e parte da doutrina, mas a incidência direta de norma vinculante à qual se reconhece vigência. Em outras palavras, não há uma insuficiência do Direito positivo se há um costume que normatize a questão, a hipótese, portanto, não é de uma lacuna.

A tese de que os costumes são uma das formas de solução de lacunas parte de uma concepção estritamente legalista, que restringe as lacunas apenas às decorrentes de lei, o que, no entanto, desconsidera os costumes como tendo a natureza de fonte primária do Direito Administrativo, logo, de verdadeiramente Direito positivo (normatividade vinculante vigente).

Ainda que um costume possa surgir na lacuna da lei, ou preenchendo a lacuna da lei, isto não lhe confere a qualidade de método de solução de lacunas, porque as lacunas são a insuficiência do Direito positivo e, se o que era insuficiente passou a ser suficiente em razão de uma nova positividade, o que se tem é a incidência de uma fonte do Direito, mas não de um método de solução de lacunas. Na prática, a hipótese é análoga ao que ocorre quando uma lei é feita para suprir a lacuna de outra lei, sem que com isso se reconheça um método de solução de lacunas³³⁶.

Já no que concerne à existência de lacunas na fonte consuetudinária, este problema não se coloca com a intensidade com que se apresenta na legislação, não porque inexistam. Ao contrário, enquanto na fonte legislativa há a pretensão de regulação completa das condutas, o que lhe dá certa aparência fechada, no sentido de completa, quando em verdade é aberta, porque depende sempre do processo de concretização, o costume já nasce

³³⁶ Este ponto será objeto de maior desenvolvimento no capítulo 1 da Parte II.

aberto, sem as amarras do texto expresso, o que já no momento de seu nascimento demonstra sua lacunosidade, dependendo intensamente do processo interpretativo para ser reconhecido e aplicado, o que lhe afasta dos problemas de lacunas tipicamente enfrentados pela legislação, todos relativos ao pretensão fechamento do texto legal.

Em outros termos, em razão da inerente abertura da normatividade consuetudinária sua interpretação é feita já considerando sua natureza lacunosa, o que se faz normalmente sob bases analógicas, analisando semelhanças e diferenças tanto para reconhecer o costume quanto para verificar se determinada conduta está abarcada pelo costume, porque, sem a barreira textual, o costume solicita a utilização de bases comparativas para ir delimitando sua incidência. A lacuna é, então, da essência da fonte consuetudinária, o que por um lado lhe impõe peculiaridades interpretativas e de outro afasta as amarras normalmente atribuídas às lacunas na fonte legislativa.

5.2 – Fonte jurisprudencial (doutrinária e jurisdicional)

De maneira ampla, não se reconhece como fontes do Direito Administrativo a de origem jurisdicional e a doutrinária, ao argumento de que ambas apenas aplicam ou investigam a juridicidade que já se encontra posta. Parte reconhece, todavia, a fonte jurisdicional quando a legislação confere eficácia vinculante às suas decisões. Já em relação à doutrina, é atribuída apenas uma força de convencimento, o que não lhe garante propriamente a qualidade de fonte do Direito³³⁷.

O tratamento conjunto das fontes jurisdicional e doutrinária faz sentido em razão da similitude de seus modos de funcionamento, que, ao cabo, remontam mesmo à origem da palavra jurisprudência, *ius prudentia*, que traduz a manifestação reflexiva que se faz, tanto jurisdicionalmente quanto doutrinariamente, sobre o Direito. Assim, a menção à jurisprudência será feita para abarcar tanto a fonte jurisdicional quanto a doutrinária³³⁸.

Nesta altura da dissertação, já se pode dizer que a normatividade jurídica é um projeto inacabado, aberto e que está em constante construção. Mesmo a fonte legislativa

³³⁷ Neste sentido, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...*, p. 68-70.

³³⁸ Neste sentido, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Interpretação e o protagonismo da doutrina...*, p. 67.

com sua pretensão de regulação de vastos campos de forma predeterminada não se traduz numa obra acabada, porque sua compreensão em abstrato é apenas um projeto normativo, que pode ou não ser confirmado diante do caso. Desta forma, mesmo significados que são classicamente atribuídos a determinados dispositivos podem ter seu sentido alterado com o passar do tempo, como demonstra claramente o fenômeno das mutações constitucionais.

A abertura normativa, ou o projeto normativo, é complementada exatamente pela jurisprudência, seja pela fonte jurisdicional, seja pela doutrinária³³⁹. A fonte jurisdicional cotidianamente trabalha com a necessidade de concretização normativa, o que lhe permite, caso a caso, ir moldando o sentido possível do texto. De outro lado, diante da realidade lacunosa da legislação, as decisões judiciais vão reconstruindo o Direito que se tinha, o que possibilita a descoberta de novos significados e normas jurídicas. O mesmo ocorre com a doutrina, que investiga criticamente a produção jurisdicional, o que lhe permite reelaborar o Direito normativamente. A doutrina, ainda, analisa a legislação e busca soluções que deem unidade e sistematicidade ao Direito, concebe institutos e normas que inferem tanto da legislação quanto da atuação jurisdicional, o que prova como atua criativamente também em sentido normativo, para além da legislação³⁴⁰.

Assim, há uma dialética entre a fonte legislativa e a jurisprudencial, sobretudo porque a jurisprudência confere o grau de flexibilidade à legislação que permite seu constante rejuvenescimento, posto que, enquanto a lei é estática, a jurisprudência é dinâmica, pois está sempre mudando para adequar a normatividade às exigências de um novo contexto. A jurisprudência propicia, deste modo, o desenvolvimento constante do Direito para que este possa ser adequadamente realizado.

Há de se salientar que a fonte jurisprudencial se baseia num processo de mutualismo entre a atuação jurisdicional e a doutrinária, que se complementam na construção cooperativa do Direito, porque a atuação jurisdicional se apoia em manifestações doutrinárias e a doutrina utiliza as decisões judiciais para fazer uma releitura da normatividade.

Pode-se dizer, desta forma, que a jurisprudência tem duas grandes funções³⁴¹:

³³⁹ Cf. ANTÓNIO MANUEL HESPAÑA, *O caleidoscópio do Direito...*, p. 456.

³⁴⁰ Cf., ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do Direito...*, p. 89.

³⁴¹ Neste sentido, cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Interpretação e o protagonismo da doutrina...*, p. 73.

- (i) A atribuição de significado (ou a busca por consenso na atribuição de significado) aos textos legais, o que inclui o debate constante sobre a alteração de significado quando modificado o contexto; e
- (ii) A introdução de novas normas extraídas da vivência jurisdicional ou de uma leitura geral do ordenamento jurídico.

A função de atribuir um significado ao texto tem no princípio da igualdade um exemplo paradigmático, porque o princípio da igualdade pode tanto significar o mesmo tratamento para todas as hipóteses quanto tratamento de forma distinta com o intuito de equalizar desigualdades iniciais³⁴². Com efeito, enquanto no passado a igualdade foi utilizada para justificar a desigualdade em razão da cor da pele, hoje essa é uma distinção inadmissível³⁴³, não em razão da existência abstrata do princípio, mas porque é o conteúdo admissível pela jurisprudência. Assim, apesar do princípio da igualdade ser o mesmo, é a partir da jurisprudência que se constrói e reconstrói seu significado³⁴⁴.

Já no que concerne ao papel criativo da jurisprudência, são tamanhos e inúmeros os casos que por si só já demonstram como são fonte efetiva do Direito³⁴⁵. O exemplo americano do surgimento do controle de constitucionalidade que foi erigido sob base jurisprudencial³⁴⁶, de nascimento jurisdicional e confirmação doutrinária, é um modelo clássico de como um instituto relevantíssimo para o moderno Direito Constitucional foi construído pela jurisprudência.

No Direito Administrativo, diversos institutos têm origem jurisprudencial. Podem-se citar os exemplos da teoria do desvio de poder, agente de fato, teoria dos motivos determinantes, inexistência jurídica, teoria dos poderes implícitos, as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, os princípios da proporcionalidade e sustentabilidade entre muitos outros. Ainda que hoje alguns dos exemplos citados possam encontrar respaldo

³⁴² Cf. JORGE MIRANDA, *Direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 301.

³⁴³ Deve ser ressalvada, no entanto, a possibilidade de eventual distinção que tenha por objetivo a promoção de uma minoria que se encontre numa situação de desigualdade inicial.

³⁴⁴ Neste sentido, é que Ruy de Albuquerque, tratando da tarefa dos juristas, afirma que a “lei só será direito quando sufragada por eles, pela *communis opinio*”. Cf. RUY DE ALBUQUERQUE, *Direito de juristas – Direito de Estado*, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 42, nº 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 791.

³⁴⁵ Cf. ANTÓNIO MANUEL HESPAÑA, *O caleidoscópio do Direito...*, p. 455.

³⁴⁶ Cf. CLÉMERSON MERLIN CLÉVE e BRUNO MENESES LORENZETTO, *Governo democrático e jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, Fórum, 2016, p. 166.

legal, seu nascimento é fruto da fonte jurisprudencial³⁴⁷. Aliás, o próprio nascimento do Direito Administrativo é fruto da jurisprudência, a começar pela atuação “jurisdicional” do Conselho de Estado francês³⁴⁸ e posterior desenvolvimento da doutrina, de modo que a negação da jurisprudência como fonte do Direito Administrativo só pode ser vista como um resquício dos traumas da “infância difícil” do Direito Administrativo³⁴⁹, com um toque de modéstia da doutrina que não quer se “autodeclarar” fonte do Direito.

Sobretudo no Brasil, em que não há uma regulamentação nos moldes da portuguesa, boa parte do que se compreende como Direito Administrativo é extraído diretamente da jurisprudência: conceitos como desvio de poder, discricionariedade e estado de necessidade são construções eminentemente jurisprudenciais, uma vez que não possuem expressa previsão legal.

Com efeito, se a jurisprudência não é fonte de positividade, como é possível falar, principalmente no Brasil, em vinculação da Administração ao princípio da proporcionalidade e sustentabilidade administrativa, de ato inexistente ou de ato ilegal por desvio de poder? Ou de qualquer dos inúmeros outros princípios, teorias ou institutos que condicionam a atuação administrativa? Caso se reconheça que os exemplos citados se vinculam à Administração, como podem se não são fontes do Direito Administrativo?

A afirmação de que a jurisprudência não é fonte, porque apenas exterioriza o que já está presente no ordenamento jurídico, desconsidera exatamente a característica criativa dessa fonte, visto que, por exemplo, enquanto a sustentabilidade não foi construída como

³⁴⁷ Veja o exemplo do recém-desenvolvido Princípio da Sustentabilidade, que sai do plano ambiental para o administrativo, nasce de forma doutrinária (por todos, cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *O Princípio da Sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional*, in: Revista de Estudos Politécnicos, v. VIII, nº13, 2010) e hoje já encontra previsão legal expressa no artigo 1º – A, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (incluído pelo Decreto-Lei nº 111-B/2017).

³⁴⁸ Neste sentido, Marcelo Caetano afirma que o Conselho de Estado francês foi “o obreiro principal da ciência do Direito Administrativo”. O autor aparentemente reconhece no Conselho de Estado francês uma fonte do Direito, mas não reconhece necessariamente a jurisdição como fonte do Direito, porque, para tanto, seria preciso o preenchimento de uma série de requisitos (“prestígio”, “independência”, “ambiente doutrinário propício às inovações” etc.). Cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, v. I..., p. 88.

³⁴⁹ A expressão é de Vasco Pereira da Silva, que a utiliza, entretanto, em contexto diverso para designar no momento de nascimento do Direito Administrativo sua submissão a um controle contencioso feito pela própria administração e sua autonomização como ramo independente com o intuito de proteção da Administração. O nascimento do Direito Administrativo se dá, assim, em um contexto de fuga ao controle, o que produziu (e ainda produz) efeitos até os dias de hoje. Cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso ...*, passim.

princípio jurídico administrativo, de nada adianta dizer que ela estava contida no ordenamento, uma vez que foi por força da construção jurisprudencial que esse princípio ganhou vida. Mesmo que se possa dizer que ele se encontrava implícito na juridicidade, foi só depois de descoberto das profundezas do ordenamento é que foi possível falar, de fato, em uma vinculação jurídica ao princípio da sustentabilidade.

Em suma, se a legislação (e demais fontes) é o instrumento que começa o projeto normativo, a jurisprudência (doutrina e atuação jurisdicional) é o que lhe dá o “toque final” na construção normativa.

Não é, todavia, como o cotidiano da prática jurídica aponta, toda e qualquer jurisprudência que será tida como fonte do Direito Administrativo. A bem dizer, não é porque alguém escreveu uma nova teoria administrativa que esta passará a ser normatividade vinculante ou porque o tribunal proferiu certa decisão, fora das hipóteses previstas de vinculação, que esta passará a ter efeitos vinculantes³⁵⁰.

A autoridade da jurisprudência como fonte não é, portanto, ligada ao autor (ou aos autores), mas ao reconhecimento que a comunidade lhe confere. Como o direito não existe só na lei, a jurisprudência exerce uma função sem a qual o Direito não se realizaria. Segundo Castanheira Neves, a qualificação da jurisprudência “para a constituinte elaboração normativo-dogmática resulta de ser esta elaboração factor que a comunitária experiência jurídica não dispensa no processo de constituição e manifestação do Direito”³⁵¹.

Neste sentido, a jurisprudência não é um ente sábio e dotado de boa ventura que paira soberanamente sobre a comunidade (ainda que uma parte de seu corpo acredite nisso). A jurisprudência só será fonte do Direito quando se manifesta investida pela sociedade, como um reflexo desta. Logo, deve representar os valores da comunidade, refletindo no Direito os princípios que são encampados pelo corpo social.

³⁵⁰ Mesmo quando as decisões jurisdicionais não possuam vinculação direta, por força da incidência dos princípios da unidade, segurança jurídica e legítima expectativa, devem ser reconhecidos aos precedentes dos tribunais superiores uma vinculação indireta, mediada que é por tais princípios, o que lhes confere um grau de força. Admitindo, em uma perspectiva semelhante, a jurisprudência como fonte do Direito, todavia, afirmando que a imperatividade desta fonte fica condicionada à vontade do juiz, o que parece ser um contrassenso com o conceito de fontes, que são vinculantes por natureza, cf. AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo: Tomo 8, teoría general del derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 155.

³⁵¹ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do Direito...*, p. 90.

De fato, quando se afirma que a jurisprudência foi a fonte do Direito que permitiu a alteração de sentido do princípio da igualdade, esse novo princípio da igualdade foi construído exatamente porque a base de valor comunitário se alterou num novo contexto, o que impeliu, via de consequência, à alteração jurisprudencial do sentido de igualdade³⁵².

Desta forma, a jurisprudência só atua como fonte quando encontra reconhecimento comunitário. Sua concepção como fonte sem esta base de apoio é o exercício do voluntarismo e da arbitrariedade, elementos não comportados num Estado de Direito democrático. Não é toda e qualquer jurisprudência que atinge a qualidade de fonte do Direito, mas apenas aquela que alcança o grau de reconhecimento social que a eleva à normatividade vinculante.

O processo de construção de uma fonte jurisprudencial é dinâmico, porque a validade da fonte é construída (ou desconstruída) de acordo com o contexto em que está inserida, o que impõe certa dificuldade no reconhecimento de sua vinculatividade normativa, mas esta dificuldade existe de variadas formas em todas as fontes. Quando, por exemplo, é discutido se determinada lei é válida, diante da dúvida sobre sua constitucionalidade, o que se tem é um problema extremamente semelhante.

Conclui-se, destarte, que a jurisprudência pode desempenhar o papel de fonte do Direito Administrativo³⁵³. Como fonte de positividade, a jurisprudência não funciona como método de integração de lacunas, ainda que rotineiramente desenvolva a normatividade a partir de uma lacuna, porque sempre que presente uma norma de origem jurisprudencial já não se terá uma lacuna.

5.3 – Fontes comunitárias e internacionais

³⁵² Em sentido que se aproxima da validação comunitária, mas com enfoque diferente do utilizado no texto, Maria Helena Diniz afirma que as decisões jurisdicionais e a doutrina como fonte podem ser consideradas “uma forma de expressão do direito consuetudinário”. Cf. MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de introdução à Ciência do Direito: introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma jurídica e aplicação do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 300 (fonte jurisdicional) e p. 326 (fonte doutrinária e de onde se retirou a citação textual).

³⁵³ Admitindo a jurisprudência (fonte jurisdicional e doutrinária) como fonte do Direito Administrativo, cf. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, v. I..., p. 166-170.

O ordenamento jurídico a que se vincula a Administração não é formado apenas pela normatividade construída dentro do país, antes é composto também por influxos normativos externos, que, de forma voluntária ou não, traduzem-se em normatividade que integra o Direito Administrativo.

É preciso investigar, então, como a pluralidade de ordenamentos jurídicos supranacionais interfere no direito vigente, o que suscita a análise das fontes internacionais e comunitárias.

5.3.1 – Fontes internacionais

As normas internacionais são constituídas, tal como no ordenamento interno, a partir de fontes voluntárias ou de fontes involuntárias, a depender da existência ou não de manifestação expressa de vontade normativa.

As fontes voluntárias são aquelas que decorrem da manifestação dos Estados nacionais, que se vinculam espontaneamente às convenções internacionais como decorrência do princípio *pacta sunt servanda*. A existência de norma internacional voluntária decorre, assim, do exercício da vontade estadual.

As normas convencionais podem ser celebradas diretamente pelo Estado ou podem ser firmadas por organizações internacionais das quais o Estado seja signatário, desde que haja previsão no tratado de criação que confira à organização o poder de celebrar convenções internacionais³⁵⁴⁻³⁵⁵.

Para além das normas convencionais, são também fontes voluntárias as normas criadas diretamente pelas organizações internacionais das quais o Estado faça parte³⁵⁶. Assim, se o Estado é signatário de organização internacional e no tratado de instituição da organização há a previsão de que esta poderá emanar atos normativos destinados à

³⁵⁴ V. artigo 8º, n.ºs 2 e 3 da CRP.

³⁵⁵ Cf. MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito Internacional Público e a ordem jurídica global do século XXI*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 303.

³⁵⁶ V. artigo 8º, n.º 3 da CRP.

produção de efeitos nos ordenamentos nacionais, tais normas passam a ter vigência ao abrigo da convenção a que se vinculou o Estado³⁵⁷⁻³⁵⁸.

Além das fontes voluntárias, o Estado também é vinculado no plano interno por normas internacionais produzidas por processos não voluntários, que são a expressão do Direito Internacional geral e que designam o mínimo universal de normatividade a que as nações estão imperativamente obrigadas³⁵⁹.

A normatividade não voluntária se manifesta por meio de costumes³⁶⁰ e o núcleo de normas internacionais amplamente reconhecidas, pelas nações em geral, como ocorre, por exemplo, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Além disso, os princípios gerais de Direito também são uma forma de vinculação à normatividade não voluntária no Direito Internacional³⁶¹.

Desta forma, o Direito Internacional é dotado de normas de *ius cogens* que, à margem da vontade do Estado, produzem efeitos diretamente no plano interno e, portanto, são fontes do Direito Administrativo³⁶².

Afora o fato de as normas convencionais dependerem do consentimento estatal para que possam produzir efeitos, enquanto as fontes de Direito Internacional geral funcionam na lógica inversa, a relevância da distinção entre as duas fontes ganha especial relevo em razão do modo distinto com que se relacionam com o ordenamento nacional.

As normas de Direito Internacional geral são a expressão de uma normatividade mínima reconhecida pela comunidade internacional e, assim, representam valores

³⁵⁷ Cf. MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito Internacional Público...*, p. 313.

³⁵⁸ Diante da ausência de dispositivo constitucional específico tratando do tema, há certa divergência sobre o modo como estas normas entram no ordenamento brasileiro. Em termos fáticos, a solução que se tem adotado é a promulgação via decreto presidencial ao abrigo do art. 84, IV da CRB, como se fosse uma lei. A lógica construída é a de que se o tratado é recepcionado com força de lei e permite a prolação de atos normativos, tais normas são, por consequência, lei. Sobre o tema, cf. VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Revista do Tribunais, 2015, p. 170.

³⁵⁹ V. artigo n.º 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

³⁶⁰ Sobre costumes no Direito Internacional, cf. FRANCISCO RESEK, *Direito Internacional Público*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 118 e ss.

³⁶¹ Cf. MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito Internacional Público...*, p.301.

³⁶² Sobre a natureza consuetudinária das normas de *ius cogens*, mas afirmando que o costume pode estar presente tanto em tratados quanto se manifestarem como princípios gerais de Direito, cf. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, Lex, 1997, p. 363-364 e 369.

fundamentais universais que, diante de sua impositiva observância, possuem estatuta de normas constitucionais, uma vez que seria ilógico reconhecer sua imperatividade às nações sem que, com isso, ostentassem superior hierarquia. A ressalva fica apenas para aquelas normas atreladas às concepções mais básicas de justiça e do conteúdo de Direito, que, por estarem ligadas ao mínimo reconhecido a cada indivíduo, possuem natureza supraconstitucional, como ocorre com a concepção de uma igual dignidade humana³⁶³.

Já para as demais normas de Direito Internacional, em Portugal, a doutrina se inclina para a tese segundo a qual o ingresso no ordenamento interno se dá em uma localização intermediária, entre a Constituição e a legislação ordinária³⁶⁴. No Brasil, a posição encampada pelo STF entende pelo ingresso no nível da legislação ordinária³⁶⁵, salvo para os tratados de direitos humanos quando observado o quórum especial de aprovação de que trata o artigo 5º, § 3º da CRB, que ingressam com o status de norma constitucional.

No que concerne à relação das normas internacionais com vigência interna e as lacunas, como estas são fontes do Direito Administrativo, o que as inclui como parte do bloco de legalidade administrativa caso não incidam diretamente como fonte, podem ser utilizadas como forma de solução de lacunas, sobretudo utilizando a analogia.

5.3.2 – Fonte eurocomunitária

Considerando agora apenas o ordenamento português, a pluralidade de fontes ganha mais complexidade em razão da forte influência que o Direito Comunitário exerce sobre o ordenamento jurídico nacional.

Uma primeira relevante característica é ligada à forma como a competência da comunidade é distribuída, porque não se encontra na Constituição portuguesa os limites conferidos a esta, posto que é o próprio Direito Comunitário quem estabelece suas competências e, por consequência, as competências que permanecem com o Estado-

³⁶³ Cf. MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito Internacional Público...*, p. 301.

³⁶⁴ Cf. MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito Internacional Público...*, p. 307-308.

³⁶⁵ Cf. VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional...*, p. 409.

membro³⁶⁶. Assim, é a vontade manifestada pelo Estado-membro no plano comunitário, ao celebrar as convenções fundacionais da União, na lógica do princípio *pacta sunt servanda*, que conduz a distribuição de competência³⁶⁷.

Neste sentido, o art. 5.º, n.º 1, do TUE, que estabelece a distribuição de competência no plano comunitário, destina aos Estados-membros toda a competência que não foi conferida à Comunidade, que, por sua vez, detém apenas as competências sobre as matérias que lhe foram atribuídas, de modo que a atuação comunitária é subsidiária e restrita aos limites de suas atribuições, permanecendo com os Estados todas as matérias não atribuídas à União Europeia³⁶⁸.

Apesar disso, ainda que não exista propriamente uma hierarquia formal entre as normas comunitárias e as internas, uma vez que a questão se resolve no plano da esfera de competência de cada ente, caso reconhecida a incidência do Direito Comunitário – como decorrência de uma competência que lhe é atribuída –, este passa a ter prevalência sobre as normas nacionais, o que lhe atribui uma prerrogativa de supremacia ante o ordenamento interno³⁶⁹. Há, desta forma, uma eficácia revogatória do Direito da União Europeia sobre o Direito nacional que, baseado no princípio da *pacta sunt servanda*, subjugua a normatividade interna³⁷⁰.

A característica de prevalência do Direito Comunitário acaba por impor também a necessidade de releitura do ordenamento interno em conformidade com o Direito Comunitário, o que se faz em nome da coerência sistemática do ordenamento e que resulta num processo de aproximação entre os diversos modelos de Direito Administrativo dos Estados-membros³⁷¹. O ingresso de normas comunitárias impõe, desta forma, a modificação da interpretação das normas internas em nome da unidade do sistema.

³⁶⁶ V. artigo 4º, n.º 1, do TUE.

³⁶⁷ A distribuição de competência na União tem início, assim, com a celebração de convenções internacionais, que precisam, portanto, ser recepcionadas na forma do artigo 8º, nº 2 da CRP. Cf. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 310.

³⁶⁸ V. artigo 2º, n.º 1 do TFUE.

³⁶⁹ Cf. SABINO CASSESE, *La globalización jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 120.

³⁷⁰ Cf. MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito Internacional Público...*, p. 319.

³⁷¹ Cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Continuando a viagem pela Europa do Direito Administrativo*, in: *Direito Público Sem Fronteiras*, Vasco Pereira da Silva e Ingo Wolfgang Sarlet (Orgs.), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas – ICJP, 2011, p. 552.

Assim, do influxo do Direito Comunitário na ordem interna é possível verificar duas características:

- (i) A padronização legal entre os diversos Estados-membros no tratamento de temas em que há normatização comunitária;
- (ii) A interpretação do ordenamento nacional de modo a lhe adequar sistematicamente ao Direito Comunitário³⁷².

Ainda, por força do Direito Comunitário e tendo em conta o pequeno número de órgãos comunitários com capacidade de execução das medidas da União, a Administração Pública portuguesa não é executora apenas de interesses estaduais, mas é também órgão de execução comunitário, o que lhe coloca numa atuação bifronte, ora atuando em nome do Estado, ora representando a União³⁷³.

Destarte, o cenário atual do Direito Administrativo português não é mais o de uma juridicidade eminentemente de base nacional, porque a forte presença do Direito Comunitário, que vivencia uma crescente expansão³⁷⁴, reconfigura a juridicidade para um modelo em que há uma inter-relação entre fontes internas e comunitárias, sendo certo que em determinados temas a influência comunitária reconfigura por completo o que se tinha até então no ordenamento interno³⁷⁵. Neste sentido, já há quem afirme uma “europeização dos direitos administrativos nacionais”³⁷⁶.

Nesta nova conjugação, ordenamento jurídico administrativo passa a ter uma composição mista, como afirma Cassese³⁷⁷, o que lhe incute as dificuldades inerentes à conformação das fontes nacionais e comunitárias.

No que concerne propriamente ao tema das lacunas, primeiro, na qualidade de fonte que utiliza substancialmente a palavra escrita, com as devidas adaptações, as mesmas considerações feitas nos capítulos sobre legalidade e regras de competência se aplicam

³⁷² Neste sentido, afirmando um princípio de interpretação do Direito interno conforme as normas europeias, cf. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União...*, 417.

³⁷³ Cf. SABINO CASSESE, *La globalización jurídica...*, p. 122-123.

³⁷⁴ Sobre a expansão das competências da União Europeia, cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 459.

³⁷⁵ É o que ocorre, por exemplo, com o Direito Ambiental português. Cf. CARLA AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa, AAFDL Editora, 2018, p. 107.

³⁷⁶ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...*, p. 66.

³⁷⁷ Cf. SABINO CASSESE, *La globalización jurídica...*, p. 120.

aqui, a mesma remissão vale para as demais fontes tratadas quando se estiver diante de uma fonte consuetudinária e jurisprudencial (doutrinária e jurisdicional) comunitária. A segunda questão que se coloca é, partindo da premissa investigativa de analisar o Direito Administrativo nacional, o de saber se é possível utilizar o Direito Comunitário no caso de uma lacuna nas fontes nacionais³⁷⁸.

Desde que o Direito Comunitário observe os requisitos para a vigência no ordenamento nacional, não há óbice em sua utilização no caso de lacunas em normas de origem nacional, porque, com a produção de efeitos diretamente na ordem nacional, esta fonte se qualifica como parte integrante da juridicidade administrativa, o que impõe sua observância pela Administração.

Se é certo que o Direito comunitário pode ser utilizado em caso de lacunas, a questão ganha ainda mais complexidade quando o problema se volta para qual fonte deve ter preferência: a nacional ou a comunitária? A questão deve ser resolvida considerando a incidência do princípio da subsidiariedade.

Mas, ao contrário do que uma primeira leitura pode aparentar, o princípio da subsidiariedade não estabelece uma prioridade absoluta do Direito interno na solução de lacunas, porque é preciso observar também a competência da União para as matérias que lhe foram atribuídas, hipótese em que há uma primazia do direito da União³⁷⁹. Desta forma, e sem a pretensão de desenhar um modelo rígido, é possível afirmar que nos casos em que a matéria é de atribuição da União Europeia, o socorro ao Direito Comunitário em caso de lacunas é preferencial, exatamente porque a atuação subsidiária da União não se confirmou nesta hipótese.

Já quando o caso analisado está fora da atribuição da União, a lógica se inverte, porque o princípio da subsidiariedade atrai a preferência na solução de lacunas para o Direito interno. Nesta hipótese, potencialmente o Direito da União também não regula exatamente o caso, para o qual não tem atribuição, o que dificulta ainda mais sua utilização.

³⁷⁸ Sobre solução de lacunas no Direito que dá origem à União, cf. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União...*, p. 311 e ss.

³⁷⁹ Cf. JONATAS E. M. MACHADO, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 245.

Conforme afirmado anteriormente, este não é um desenho rígido, porque as situações concretas são infinitamente mais complexas do que a análise abstrata que ora se faz e uma apreciação do caso e das inúmeras soluções fornecidas pelo sistema (do conjunto de fontes internas e comunitárias), sob o prisma da analogia, pode levar a uma decisão em sentido contrário, mas, para além de a subsidiariedade ter de ser considerada no momento da solução da lacuna, ordinariamente o desenho proposto será o comumente observado.

5.4 – Fontes voluntárias provenientes da Administração

A vontade da Administração também é uma das formas de produção de normatividade vinculante. Diversos são os modos e instrumentos pelos quais o Direito é criado no seio da Administração, mas, em razão dos limites desta investigação, serão abordados de forma geral os tipos de atos e suas principais características, que são os elementos essenciais para o desenvolvimento do tema.

A depender do número de partes necessárias para prolação do ato, pode-se dividir em dois grupos centrais a produção normativa voluntária intra-administrativa: (i) os que decorrem de atos unilaterais e (ii) os que são provenientes de atos bi ou multilaterais.

5.4.1 – Fontes voluntárias unilaterais da Administração

As fontes voluntárias unilaterais são aquelas que surgem a partir da manifestação singular da vontade. De forma ampla, podem ser divididas em: ato administrativo e regulamento administrativo. Os regulamentos são o instrumento classicamente reconhecido como forma de exteriorização de normatividade a que se “autovincula” a Administração³⁸⁰. Mesmo sob a égide de uma visão positivista legalista, o regulamento já era visto como fonte do Direito, por decorrência de autorização presente em lei.

³⁸⁰ A distinção entre autovinculação e heterovinculação passa pela eleição de qual o critério de referência vinculativa. No texto, foi utilizada toda a Administração para afirmar que o regulamento é uma forma de autovinculação, mas, se utilizado um critério interno da própria Administração, o regulamento pode ser tido como autovinculante para o órgão que o emitiu e heterovinculante para os demais.

Hoje, todavia, já não é admissível a concepção do regulamento como forma de atuação que não inova no ordenamento, porque tal característica seria reservada apenas à lei³⁸¹. Ora, diante da natureza aberta das leis e da perspectiva que hoje se tem sobre (bloco de) legalidade, é natural que se reconheça o regulamento como instrumento dotado de natureza criativa, porque funciona estabelecendo normatividade distinta da presente na lei.

O exercício do poder regulamentar se insere, tal qual a fonte legislativa, na necessidade típica da vida moderna de normatização de amplos setores, de forma detalhada e com o escopo de antever possíveis conflitos, sendo um instrumento que permite uma atuação dinâmica da Administração, porque tem um processo singelo de criação e alteração, em especial considerando que não precisa da composição política inerente à produção legislativa, o que possibilita uma modificação mais rápida para incorporação de inovações técnicas e a adaptabilidade às novas realidades³⁸².

Os regulamentos se inserem em um sistema hierarquizado, de modo que sua validade depende da observância das normas superiores, normalmente a lei e a Constituição, salvo quando emitidos tendo como fundamento direto a Constituição. Aliás, a própria Constituição prevê os regulamentos como uma das possíveis formas de atuação da Administração, ao passo que também delimita parte de seu regime jurídico³⁸³ e lhe caracteriza com uma atividade decorrente do exercício da função administrativa³⁸⁴.

Em Portugal, no que se refere à relação entre o regulamento e a lei, os regulamentos podem ser classificados como de execução ou independente. Os regulamentos de execução (ou complementares) são aqueles que são produzidos ao abrigo de determinada lei e com a intenção de detalhar (ou complementar) a normatividade que se encontra na lei. Exerce, assim, uma função que é fortemente imbricada com o ato legal que lhe dá suporte e que também delimita o desenvolvimento da normatividade regulamentar³⁸⁵.

Por sua vez, o regulamento independente é aquele que se desenvolve para o atingimento das finalidades administrativas do órgão competente, sem que tenha uma lei

³⁸¹ Cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 352.

³⁸² Cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 66.

³⁸³ V. artigo 112.º, n.ºs 6 e 7 da CRP; e artigo 84, inciso VI da CRB.

³⁸⁴ V. artigo 199.º, alínea c da CRP. Neste sentido, é que se tem afirmado que o exercício da função administrativa é uma das características dos regulamentos. Cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos...*, p. 51.

³⁸⁵ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, v. II..., p. 151.

específica a montante a ser esmiuçada. Neste sentido, ainda que haja a necessidade de uma atribuição legal de competência³⁸⁶, os regulamentos independentes não completam um prévio conteúdo legalmente estabelecido; ao contrário, possuem autonomia para regulamentar a matéria na persecução do interesse que lhe foi acometido³⁸⁷.

Os regulamentos independentes são, assim, um relevante instrumento de autonomia que certos entes têm à disposição, seja porque a legislação reconhece um nível de autodeterminação à entidade, seja porque é a forma como se entendeu ser mais bem atingida a finalidade pública do ente, como ocorre, por exemplo, com as entidades reguladoras independentes, às quais a autonomia é conferida como forma de diminuição de influências políticas no processo normativo e em favor da natureza técnica de suas atribuições³⁸⁸.

No Brasil, os regulamentos podem ser classificados como de execução ou autônomos. Os regulamentos de execução são aqueles que, tal como em Portugal, se destinam a complementar a regulamentação existente em lei³⁸⁹; por sua vez, o regulamento autônomo é o que pode ser emanado diretamente pelo chefe do Poder Executivo, sem necessidade de prévia autorização legislativa, ao abrigo do artigo 84, VI da CRB, que tem termos bastantes estritos de cabimento, uma vez que só pode dispor basicamente sobre a organização da administração pública³⁹⁰.

Em relação à distinção entre regulamentos e atos administrativos, tradicionalmente se afirmava que os regulamentos possuem a qualidade de serem gerais e abstratos, enquanto os atos administrativos são individuais (ou individualizáveis) e concretos³⁹¹.

No entanto, nem sempre atos que costumam ser considerados atos administrativos são de maneira simples enquadrados nesta distinção, especialmente porque determinados atos administrativos possuem alto nível de abstração e de indeterminação de indivíduos³⁹².

³⁸⁶ V. artigo 136.º, n.º 2, do CPA; e artigo 112.º, n.º 7 da CRP.

³⁸⁷ A natureza independente dos regulamentos não significa que estes gozem de uma independência absoluta porque estão vinculados à juridicidade em geral. A distinção desta modalidade regulamentar tem a ver, assim, com a falta de uma lei específica a ser complementada. Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, v. II..., p. 112.

³⁸⁸ Sobre esta característica no que concerne às agências reguladoras, cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, *O Direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo, Dialética, 2002, p. 51.

³⁸⁹ Cf. CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 307.

³⁹⁰ Cf. BERNARDO GONÇALVES FERNANDES, *Curso...*, p. 746.

³⁹¹ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, p. 161.

A par da divergência se tais atos são de fato atos administrativos ou se na realidade são atos regulamentares, debate que possui relevância para o contencioso administrativo português, que distingue o regime jurídico de impugnação dos atos administrativos e regulamentares³⁹³, para o tema das lacunas o embate tem menor importância, porque a generalidade e abstração não são elementos essenciais de uma fonte do Direito³⁹⁴, ainda que se encontrem presentes nas tradicionais fontes, mormente na de origem legislativa.

Entretanto, as fontes do Direito entendidas como o modo como o Direito constitui a normatividade vinculante vigente, ou seja, a forma como se exterioriza a intencionalidade jurídica que se traduz num dever ser, independem de uma necessária generalidade e abstração, porque a normatividade tem a ver com um conteúdo que se pretenda de observância obrigatória e admitido como vigente.

A inclusão dos elementos generalidade e abstração como requisitos para reconhecer uma fonte do Direito decorre da leitura positivista que só enxerga no exercício do poder a constituição do Direito, ao passo que, por exemplo, um ato ou contrato são apenas fatos que se subsumem à lei, já que não são direito objetivo, mas subjetivo. No entanto, não é porque o ato se subordina à lei que este deriva dela como normatividade. Um ato ou contrato são fontes do Direito porque possuem conteúdo axiologicamente intencionado, ao qual a comunidade reconhece uma força vinculante. Assim, não é a lei ou vontade das partes que atribuem normatividade ao ato ou contrato, mas a própria sociedade³⁹⁵.

Neste sentido, os atos administrativos são fontes do Direito Administrativo porque deles se extrai a necessidade de respeito a um conteúdo que expressa uma normatividade válida e vigente; é dizer que um ato administrativo, ao indicar um dever ser, vincula à própria Administração e às demais pessoas, o que denota sua qualidade de fonte do Direito Administrativo³⁹⁶⁻³⁹⁷.

³⁹² Cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso ..., v. I...*, p. 213.

³⁹³ Sobre o tema à luz das alterações do CPTA, cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *O controlo judicial do exercício do poder regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos Revisto*, in: Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA, coordenado por Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Lisboa, AAFDL Editora, 2016.

³⁹⁴ Para uma visão na perspectiva positivista de como a generalidade e abstração não são um elemento necessário de uma norma jurídica, cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria da norma jurídica*, tradução de Fernando Pavan e Atiano Bueno Sudatti, São Paulo, Edipro, 2001, p. 177 e ss.

³⁹⁵ Cf., ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do Direito...*, p. 80-81.

³⁹⁶ Em sentido algo semelhante, cf. JOÃO CAUPERS e ANTÓNIO LORENA SÈVES, *O acto administrativo como fonte de direito*, in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim

5.4.2 – Fontes voluntárias bilaterais da Administração

Conforme visto anteriormente, os contratos gozam da qualidade de fonte do Direito Administrativo porque são reconhecidos pela sociedade como uma forma vigente de manifestação de uma normatividade vinculante, noção que se aplica aos contratos em geral e às demais formas admitidas de manifestações bi ou multilaterais de vontade, firmado entre entes públicos ou entre ente público e privado, que podem ser enquadradas num conceito amplo de contrato³⁹⁸.

Dentro do Direito Administrativo, é relevante mencionar, tem-se observado o desenvolvimento de instrumentos contratuais (em sentido amplo) com característica regulamentar, ou seja, com o intuito de regulação geral e abstrata de determinado campo. Exemplo típico é o que se encontra nos contratos de concessão de serviço público, que, além de regular obrigações recíprocas às partes, também se destinam à regulação de conduta que se desenvolverá perante terceiros, em particular a relação com os usuários do serviço³⁹⁹.

A mudança de um modelo de regulação que se baseava estritamente no poder para o contratual é fruto da ascensão do consenso como forma de atuação administrativa preferencial à força, por ser um meio menos traumático e conflituoso, o que, ao fim, permite uma condução mais efetiva dos interesses da Administração. Com efeito, diante da pluralidade de interesses públicos a que se vê sujeita a Administração, a pluralidade de

Gomes Canotilho, v. IV: administração e sustentabilidade: entre riscos e garantias, Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (orgs.), Coimbra, Coimbra, 2012, p. 182 e ss.

³⁹⁷ Discute-se, também, se o precedente administrativo, entendido como a conduta rotineira da Administração diante de um tipo de caso, que não se qualifique como um costume, pode ser considerada fonte do Direito Administrativo. A solução aqui é semelhante à vinculação aos precedentes jurisdicionais, isto é, ainda que não exista uma vinculação direta da Administração, por força de sua vinculação aos princípios da segurança jurídica, boa-fé e legítima confiança, a Administração tem um dever *prima facie* (ou uma vinculação indireta) de observância de sua anterior conduta, que, todavia, pode ser afastado a depender da alteração de contexto. Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 788; PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da boa Fé...*, p. 338 e ss. Neste sentido, parece caminhar o disposto no artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, recém-incluído pela Lei n.º 13.655/2018.

³⁹⁸ Sobre as espécies de contrato, cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 336.

³⁹⁹ Cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos...*, p. 147.

competências e subordenamentos jurídicos e a necessária interação com os particulares, há um alto grau de potencial conflito inserido no agir administrativo e, neste oceano de possibilidades, a atuação consensual permite a navegação por mares menos revoltos⁴⁰⁰.

Neste cenário, é que se tem verificado o aumento de atos bilaterais como forma de substituição do exercício singular do poder, tanto tendo como partícipes apenas entes públicos (como os convênios e acordos procedimentais⁴⁰¹) quanto firmados entre entes públicos e privados, seja produzindo efeitos apenas entre as partes, seja produzindo efeitos regulamentares (perante terceiros).

Ainda que diversas modalidades de atos bilaterais de vontade com características regulamentares tenham sido desenvolvidas, hipóteses em que a natureza genérica e abstrata se encontram presentes, o que facilita seu reconhecimento como fonte mesmo numa perspectiva mais tradicional, os contratos e demais acordos bilaterais de vontade firmados pela Administração também se caracterizam como fonte, porque produzem normatividade vinculante.

5.4.3 – Lacunas em fontes voluntárias da Administração

As lacunas em atos que decorrem da manifestação de vontade administrativa solicitam a análise de sua interação com dois elementos centrais: (i) o relativo à legislação a que se encontra subordinada e (ii) a própria manifestação de vontade.

As fontes voluntárias da Administração se inserem na estrutura hierárquica construída a partir do ordenamento constitucional, de modo que a legislação que dá suporte à prolação condiciona, além da validade do próprio ato, também sua interpretação.

A subordinação do ato à legislação que está a montante é um requisito para sua legalidade, o que impõe que seja também preferencialmente utilizada a mesma legislação como forma de solução de lacunas. Conquanto esta não seja, como sempre, uma fórmula fechada, porque outros fatores podem indicar outra fonte como a mais adequada, a forte

⁴⁰⁰ Sobre esta qualidade da atuação consensual, cf. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 60.

⁴⁰¹ Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 340-342.

imbricação do ato com a legislação que o habilita aponta para uma potencial preferência por ela.

De outro lado, sobretudo nos atos bilaterais, as lacunas solicitam uma análise relativa à manifestação de vontade das partes, não em razão de um absoluto voluntarismo, uma vez que não é só a mera vontade de uma das partes do contrato que vincula, porque a vontade íntima não condiz necessariamente com a obrigação que resultará do acordo de vontades⁴⁰².

Com efeito, em razão do princípio da boa-fé⁴⁰³, a interpretação das cláusulas deve ser feita com base na teoria da confiança⁴⁰⁴, de acordo com a qual havendo dúvida sobre a vontade real e a declarada deve prevalecer a última em razão da confiança que depositou a outra parte do contrato, o que conduz, também, à prevalência da vontade real se a outra parte não foi investida da confiança⁴⁰⁵.

A interpretação pode se valer, igualmente, do procedimento prévio à formalização do ato, uma vez que o procedimento é o meio pelo qual foi sendo construído o acordo de vontades e é, por isso, local em que potencialmente se encontram fundamentos para se descobrir a vontade das partes e outros elementos que auxiliam na interpretação⁴⁰⁶.

Assim, as fontes voluntárias provenientes da Administração se inserem no quadro geral de fontes do Direito Administrativo e a solução de suas lacunas passa pela consideração de sua subordinação ao ato normativo que está a montante, bem como ao processo de formação e manifestação da vontade.

5.5 – Pluralismo das fontes administrativas: as novas fronteiras

O roteiro traçado até aqui demonstra que o Direito Administrativo já se libertou do aprisionamento à lei como sua fonte exclusiva. As diversas fontes analisadas, todavia, são

⁴⁰² V. artigo 244.º do CC português e artigo 110 do CC brasileiro.

⁴⁰³ V. artigo 1.º-A, n.º 1 do CCP português.

⁴⁰⁴ Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 495.

⁴⁰⁵ V. artigo 247.º do CC português e artigos 112 c/c 138 do CC brasileiro.

⁴⁰⁶ Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 476; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III: atividade administrativa, contratos públicos*, Lisboa, Editora Dom Quixote, 2008, p. 123.

apenas uma tentativa de demonstrar a vinculação administrativa às outras habituais fontes, sem, contudo, a pretensão de fechar a questão.

Com efeito, o Direito Administrativo vive hoje um borbulhar de novas fontes ou de embriões de fontes que desafiam uma releitura do modelo tradicional, em particular porque a principal característica que se pode enxergar nesta nova ordem de fontes é sua origem desvinculada do Estado; exatamente aquilo que compunha o foco central da teoria tradicional das fontes.

Pode-se verificar dois níveis deste fenómeno:

- (i) O primeiro, que ainda mantém um grau de relação com a Administração, de modo que a desestatização da fonte é apenas parcial;
- (ii) O segundo, que não mantém relação com a Administração, traduzindo-se em uma manifestação não estadual de normatividade.

A desestatização parcial das fontes se verifica em diversos níveis, seja em função de uma autonomia política maior de entes públicos, seja em razão da atuação de uma pessoa de Direito Privado.

A maior autonomia de entes públicos ocorre, por exemplo, com o regime jurídico das universidades públicas, que têm larga independência na persecução de suas finalidades⁴⁰⁷. O mesmo se verifica com os entes públicos que gozam de autonomia para o exercício da regulação de certos setores econômicos, como se verifica com os entes designados agências reguladoras. Em ambos os casos, ainda que os entes sejam pessoas de Direito Público, exercem uma atuação, inclusive com a expedição de atos normativos, com maior grau de independência ao poder político.

Verifica-se, também, o exercício de poderes normativos por pessoas jurídicas de Direito Privado. A começar pela organização privada da Administração, que institui pessoas coletivas de Direito Privado, especialmente, mas não exclusivamente, na forma de empresas, para a persecução de seus interesses e a lei que a regula confere (expressa ou implicitamente) poder para regular alguns dos aspectos da atividade a ser desenvolvida. O mesmo ocorre quando a Administração delega competências normativas, por exemplo, por

⁴⁰⁷ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 913.

via contratual ao concessionário privado de serviço público para editar normas sobre o serviço a ser prestado⁴⁰⁸. No dois casos, o exercício de poderes normativos tem origem no regime jurídico público, mas se desenvolve sob uma organização privada⁴⁰⁹.

Esses modelos, entretanto, ainda derivam de níveis de vinculação com o Estado, de onde retiram sua legitimidade. No entanto, sem a participação do poder politicamente estabelecido, há uma normatividade se desenvolvendo à margem do Estado, agindo sobre áreas em que comumente a Administração atua, regulando condutas e se fazendo valer por mecanismos que não a força a que se socorre tipicamente o Estado.

Diversos fatores influenciam a desestatização de fontes administrativas: a necessidade de solução de problemas supraestatais e que nascem desvinculados do Estado; de natureza eminentemente técnica, que solicitam uma atuação rápida e não política; o consenso na submissão de um padrão de comportamento autoimposto; imposições mercadológicas. Todos, de alguma forma, derivam de necessidades as quais os Estados não são (ou foram) suficientemente capazes de solucionar a contento⁴¹⁰.

No plano interno, o Brasil tem diversos exemplos, como se verifica na autorregulação feita pela Bolsa de Valores, que estabelece padrões de governança mais rigorosos do que os legalmente previstos para empresas que estão no “Novo Mercado”. No mesmo sentido, a regulação feita pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, entidade privada que reúne os principais veículos de publicidade e que se submetem às suas normas e determinações, inclusive tendo o poder de determinar a retirada de circulação de publicidade que viole seus preceitos⁴¹¹.

Na perspectiva global, diversas entidades desempenham um papel normativo tipicamente administrativo. A regulação da internet é um bom exemplo, uma vez que a normatização sobre registros de domínio (os endereços eletrônicos) é feita por uma entidade privada, com participação global de entes públicos e privados, denominada

⁴⁰⁸ Cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos...*, p. 150-151.

⁴⁰⁹ O que não significa, no entanto, que esta atuação seja balizada apenas pelo regime jurídico privado, uma vez que sofre o influxo publicizador do Direito Administrativo. O tema foi objeto de análise no tópico 3.2, para onde se remete.

⁴¹⁰ Cf. SABINO CASSESE, *The Global Polity: Global Dimensions of Democracy and The Rule of Law*, Sevilha, Global Law Press, 2012, p. 21.

⁴¹¹ Tratando da autorregulação das duas entidades citadas, cf. GUSTAVO BINENBOJM, *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador*, Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 288-289.

Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – ICANN⁴¹². Outro exemplo é o da International Air Transport Association – IATA, associação privada que congrega as empresas aéreas e que tem alto grau de respeitabilidade. Quando a IATA emite normas técnicas, elas devem ser cumpridas pelas empresas aéreas associadas; caso contrário, podem ser suspensas da associação, o que acaba por penalizar sua atuação no mercado e, via de consequência, serem banidas também por órgãos nacionais⁴¹³. Ora, os endereços do mundo físico, o registro de nomes e marcas, bem como a regulação sobre segurança nos transportes são atividades que seriam (e em alguma medida são) tradicionalmente objeto de legislação emanada do Estado e de execução (e regulação) a cargo da Administração.

Ainda no plano supranacional, há uma série de recomendações emitidas por organizações internacionais (por exemplo, ONU, União Europeia, OMS, OMC etc.) que o fazem sem que estejam no exercício de uma competência para regulação vinculante, mas que, diante do status, da legitimidade, da organização, acabam por gerar um ônus político (em sentido amplo) em seu descumprimento e que, por isso, traduzem um dever ser de força mediana a normatividade que se nomeou de *soft law*⁴¹⁴. A *soft law* ocupa, assim, uma posição intermediária entre a máxima vinculatividade e a ausência de vinculatividade, que tem sua origem reconhecida no Direito Internacional, mas que também se verifica no plano nacional, como, por exemplo, nos pareceres não vinculantes e padrões indicativos de qualidade por selos de certificação.

O que esse breve voo panorâmico sobre as novas fronteiras do Direito Administrativo e, conseqüentemente de suas fontes, pretendeu mostrar foi que é preciso revisitar suas noções tradicionais, até mesmo do que seja Direito Administrativo, porque o cenário que se apresenta é o do exercício de funções habitualmente administrativas por entidades e meios que o Direito Administrativo estatal tradicional não reconhecia, o que leva a uma necessidade de reordenação do Direito Administrativo para o foco no exercício da função administrativa, e não necessariamente em sua qualidade de direito estatal⁴¹⁵.

⁴¹² Sobre o tema, cf. BRUNO CAROTTI e LORENZO CASINI, *A Hybrid Public-Private Regime: the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) and the Governance of the Internet*, in: Global Administrative Law: Cases, Materials, Issues, Sabino Cassese et al. (Org.), Istituto Di Ricerche Sulla Pubblica Amministrazione – IRPA e Institute for International Law and Justice – IILJ, 2008, p. 32 e ss.

⁴¹³ Cf. SABINO CASSESE, *The Global Polity...*, p. 46, nota 77.

⁴¹⁴ Cf. VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional...*, p. 183 e ss.

⁴¹⁵ Tratando do tema sob o aspecto do ato administrativo, cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Continuando a viagem...*, p. 556.

Neste novo mundo, o pluralismo de fontes administrativas, além de aumentar o número de manifestações normativas, insere ainda mais complexidade no sistema com a existência de níveis distintos de vinculação. De fato, o ordenamento administrativo já não pode ser dividido em normas nacionais e internacionais, porque o que se tem é um sistema em rede de interações normativas complexas⁴¹⁶.

5.6 – Conclusões parciais

O problema das fontes do Direito não está nas formas de exteriorização da vontade do poder estabelecido, mas antes é ligado à concepção do que é o Direito e como este ganha vida como normatividade vinculante. Neste sentido, o Direito não surge diante da capacidade de estabelecer pela força o cumprimento de normas, porque esta perspectiva não considera a comunidade como o fundamento para seu nascimento. Assim, a questão central das fontes não pode partir da positividade, porque é um problema anterior à positividade.

Como o Estado surge para servir ao indivíduo – em favor da comunidade organizada –, é preciso que a sociedade seja considerada já na ocasião de fundação do Direito, o que impõe: (i) o reconhecimento de um conteúdo mínimo axiológico em seu momento constituinte, porque o Direito já nasce tendo de respeitar valores básicos da comunidade que o fundou; e (ii) o reconhecimento da autoridade da própria comunidade para estabelecer as formas de normatividade vinculante, de forma que as fontes do Direito são, assim, um dever a ser considerado vigente pelo corpo social fundacional do Direito.

Revisitado o problema das fontes, é preciso concluir que, apesar da inegável importância que a fonte legislativa tem nos dias de hoje, existem inúmeras outras fontes do Direito Administrativo.

A fonte consuetudinária vigora no Direito Administrativo não de forma secundária, por autorização legal, mas em razão de ser uma das formas de normatividade vinculante admitida pela comunidade, mesmo quando é contrária à lei ou à Constituição, hipótese que tem efeitos revogatórios e que possui como limite os valores básicos de fundação do Direito, como o princípio da igual dignidade.

⁴¹⁶ Cf. SABINO CASSESE, *The Global Polity...*, p. 28 e ss.

Já no que concerne ao reconhecimento da jurisprudência, entendida como a manifestação doutrinária e a jurisdicional, como fonte do Direito Administrativo, a doutrina de forma ampla tem negado sua aceitação. Contudo, a concepção de que a jurisprudência só revela o que já se encontra na lei (ou em outras fontes) desconsidera a natureza aberta da lei e a necessidade de uma atuação criativa para sua concretização, medida que é o ofício da jurisprudência. Assim, a jurisprudência tanto funciona estabelecendo o sentido da normatividade, que muda a depender do contexto histórico em que se vive, quanto extraindo normatividade da vivência jurídica, conforme demonstram tantos princípios que têm na jurisprudência sua origem. Não é, entretanto, toda e qualquer manifestação jurisprudencial que se qualifica como fonte do Direito, mas tão somente aquela que atinge o grau de reconhecimento da comunidade.

As fontes internacionais, e para Portugal a eurocomunitária, também são fontes do Direito Administrativo, porque ingressam no ordenamento interno, seja em razão da manifestação de vontade, seja por força de sua natureza de *ius cogens*, que impõem sua observância pelas nações. Em particular no que se refere à fonte eurocomunitária, esta funciona como um elemento de integração entre os vários ordenamentos administrativos da União Europeia, o que tem levado a uma unidade maior entre os diversos modelos.

A manifestação de vontade administrativa também é uma das fontes do Direito Administrativo. Para além do regulamento a que se tem de forma vasta atribuído a natureza de fonte, os contratos e os atos administrativos também são fontes do Direito Administrativo, porque traduzem um dever ser que vincula a Administração. Com efeito, as fontes não precisam necessariamente ter a qualidade de gerais e abstratas, porque a forma como se constitui o Direito, entendido como um dever ser axiologicamente vinculante, é que caracteriza uma fonte.

Por fim, o Direito Administrativo vive um momento de transição em que sua imbricação subjetivamente com o Estado se coloca em xeque, visto que diversas atividades tipicamente administrativas estão crescentemente sendo praticadas por entes não estatais, seja em razão de existir um liame entre um ente privado e a Administração, seja de forma absolutamente desconectada do Estado. Tal cenário coloca em dúvida o conceito tradicional de Direito Administrativo, pendendo a balança para a necessidade de uma releitura do Direito Administrativo com foco no exercício da função administrativa, ainda que de forma não estatal.

As “outras fontes” do Direito Administrativo são, portanto, normatividade vigente, o que impede que lhes reconheça a qualidade de formas de solução de lacunas. De outro lado, todas as fontes possuem lacunas, haja vista a natureza aberta do Direito. As fontes que se organizam como um corpo escrito de normas (Constituição, leis, regulamentos, tratados etc.) têm amplamente o mesmo tipo de problemas, todos ligados ao pretense sentido fechado do texto escrito, como se viu nos capítulos sobre legalidade e regras de competência. Já no que diz respeito às fontes não escritas, estas são superlacunosas, o que as coloca numa perspectiva interpretativa diversa, mas acaba por não criar os problemas habitualmente enfrentados pela barreira textual das fontes escritas.

PARTE II

A SOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE LACUNAS

CAPÍTULO 1

6 - MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE LACUNAS

Por ocasião da conceituação das lacunas, verificou-se que a normatividade é aberta, carecedora de concretização e que, neste processo, é possível que se verifique a insuficiência do Direito positivo para a adequada realização do Direito. Destarte, há uma lacuna que precisa ser integrada.

Neste sentido, o caminho trilhado até aqui, numa perspectiva bastante ampla, tratou de como o conceito de lacunas funciona em diversos campos da juridicidade e quais tensões as lacunas enfrentam diante de variados aspectos do Direito Administrativo.

Agora, no momento em que se investiga como as lacunas podem ser solucionadas, as considerações feitas nos capítulos anteriores precisam vir à baila, porque são limites ao desenvolvimento do Direito.

Com efeito, como já se demonstrou, existem diversos limites ao reconhecimento de lacunas, não porque impossibilitem em abstrato e de forma absoluta sua verificação, mas em razão de imporem restrições que precisam ser respeitadas. Assim, por exemplo, o princípio democrático impõe restrições ligadas ao respeito à legalidade e mais rigorosamente à reserva de lei parlamentar. De outro lado, já dentro da legalidade, existem restrições atreladas ao princípio da legalidade sancionatória, normas taxativas ou do tipo regra geral e regra excepcional, todas limitações que precisam ser consideradas no processo de solução de lacunas.

O ponto que se coloca no presente momento é, então, quais critérios podem ser utilizados para a solução das lacunas e quais critérios não são hábeis para tanto, ainda que parte da doutrina os defenda como legítimos meios de solução de lacunas.

Já de antemão, devem ser afastadas desta função todas as fontes, porque não se colocam como critério de solução de lacunas, mas sim como positividade, o que impede, por exemplo, de se considerar o costume uma forma de solução de lacunas, conforme se constatou. A normatividade em vigor até pode ter nascido com o objetivo de preencher uma lacuna, mas a criação de novas fontes não são um instrumento à disposição do

intérprete. Por sua vez, a solução de lacunas é uma necessidade do Direito que pode (deve) ser efetivada pelo intérprete, observadas as balizas que condicionam sua utilização em respeito à comunidade (democracia) e ao ordenamento posto.

Por fim, os métodos de solução de lacunas são os mesmos que funcionam para descobrir a existência de lacunas, interligados que estão dentro do círculo hermenêutico, que ao mesmo tempo verifica e soluciona uma lacuna, de modo que, mesmo que o foco seja na solução de lacunas, as mesmas razões valem para a verificação de lacunas.

6.1 – Analogia em Direito Administrativo

A relação da analogia com as lacunas é como a das duas faces de uma mesma moeda, porque funcionam num grau de reciprocidade em que uma não subsiste sem a outra. Assim, será preciso voltar a temas já tratados quando da análise do conceito de lacunas, o que se fará de forma sucinta, uma vez que são necessários para a compreensão adequada da analogia, que está intimamente ligada à concepção normativa adotada.

No entanto, antes de adentrar na análise da analogia é preciso tratar da distinção entre a analogia *legis* e a *iuris*, sendo que esta última, já se adianta, não ostenta verdadeira natureza analógica. A analogia *iuris* é aquela por meio da qual se obtém uma norma jurídica da análise de diversas outras normas do ordenamento; de normas particulares se extrai uma geral⁴¹⁷, o que evidencia um processo dedutivo de inferência normativa.

A analogia propriamente dita tem por pressuposto a comparação entre dois elementos no mesmo nível, o que não se verifica na analogia *iuris*, por intermédio da qual não há comparação de um caso particular com outro, mas a aplicação de uma norma reconhecida por indução em um caso particular⁴¹⁸. Assim, a designada analogia *iuris* não será objeto de análise porque não se trata verdadeiramente de analogia e em razão de seu processo de funcionamento ser absolutamente distinto da analogia *legis*⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico...*, p. 154.

⁴¹⁸ Cf. ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...*, p. 263.

⁴¹⁹ Em sentido parcialmente divergente, cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito...*, p. 544.

O conceito de analogia é intimamente ligado à concepção normativa, o que torna necessária uma breve digressão. Neste sentido, a perspectiva positivista legalista concebe o Direito como um produto acabado em abstrato, de modo que o papel do jurista é o de extrair da lei todos os potenciais sentidos normativos. Pode-se afirmar, assim, que a lei tem um âmbito de incidência definido de forma absoluta já antes de sua aplicação em concreto.

Ainda que não desconheça outros elementos hermenêuticos, o quadro normativo construído na visão positivista é fortemente ligado ao sentido gramatical do texto, ou ao menos os limites impostos pelo texto, o que permite afirmar categoricamente qual a área de incidência da norma e qual a área em que a norma não pode incidir. Diante de um caso concreto, a metodologia positivista é pautada pela interpretação abstrata da norma e, posteriormente, verificação do encaixe do caso na norma, isto é, o processo de subsunção é o método pelo qual se analisa se o caso se amolda com a interpretação (em abstrato) da norma.

Como já se pode antever, a analogia é um conceito problemático para a teoria positivista, que a concebe, de modo geral, como a aplicação da norma que se destinava a uma circunstância em outro caso para o qual não estava prescrita⁴²⁰. Na verdade, partindo da concepção lógica do Positivismo Legalista há uma grave incongruência nesta construção, porque ou a norma permite uma construção definitiva em abstrato, e aí ela só se aplicaria àquelas hipóteses, ou permite sua reconstrução caso a caso, e já não se pode mais falar em interpretação que seja feita de modo absoluto antes do caso.

Neste sentido, a concepção de interpretação nos moldes do Positivismo legalista é tal que inquina a utilização coerente do conceito de analogia, o que levou Kelsen a lhe negar como parte da Ciência do Direito, porque seu processo criativo não se adequa à perspectiva de sua teoria⁴²¹.

Em suma, a construção do âmbito da norma em abstrato em termos absolutos impede que se compreenda todo o sentido possível da norma, porque, conforme a analogia bem demonstra, os casos evidenciam como a interpretação que se tinha até então precisa ser superada para que se atinja a correta expressão normativa. Efetivamente, a construção

⁴²⁰ Cf. ULRICH KLUG, *Lógica jurídica*, tradução de Juan David García Bacca (título original JURISTISCHE LOGIK, 1951), Caracas, Editora Facultad de Derecho de la Universidad Central – Venezuela, 1961, p. 148.

⁴²¹ Cf. HANS KELSEN, *Teoria pura do Direito...*, p. 250.

normativa fechada em abstrato do positivismo cria problemas para o próprio conceito de lacunas e depois cria outros tantos problemas em sua utilização.

Contra esta perspectiva, é preciso relembrar duas críticas que o Pós-Positivismo lhe dirigiu e que importam ao tema ora investigado: (i) a necessidade de considerar o caso jurídico como ponto central do Direito, que influi diretamente no processo de concretização da norma; e (ii) a distinção entre texto e norma, que impede que se considere a interpretação em abstrato como o produto final, porque a norma só surge diante do caso e para o caso.

A separação entre texto e norma não impede, entretanto, que se tenha uma perspectiva em abstrato da norma ou concepções normativas – local em que, diga-se, reside o conceito de lacunas –, mas esta visão abstrata é um projeto que só pode ser considerado como acabado depois de sua interação com o caso. A norma é, assim, o fruto desta relação recíproca entre caso e sistema⁴²².

A partir desta compreensão, é inviável a conceituação da analogia como aplicação de norma destinada a uma hipótese em outra para a qual não estava prescrita, porque a norma já é construída para o caso.

Ainda, a analogia *legis* não é, como o nome pode equivocadamente indicar, um processo comparativo de leis que podem ser aplicadas a um caso, porque a questão é a de saber até onde vai a possível aplicação de uma lei. Assim é que o problema a ser resolvido pela analogia é outro, a saber, a necessidade de que casos semelhantes tenham o mesmo tratamento jurídico, por força da imposição básica de justiça expressada pelo princípio fundamental da igualdade ou da universalidade⁴²³. O foco da analogia deve ser, desta forma, a comparação entre casos e como estes interagem com o dispositivo legal⁴²⁴, à luz da necessidade de um tratamento fundado na igualdade de resultados para casos semelhantes. Logo, a analogia tem a ver com a adequada expressão normativa de um determinado texto, designadamente com o sentido que o texto deve ter diante de hipóteses semelhantes.

⁴²² Cf., ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação jurídica...*, p. 370 e ss.

⁴²³ Cf. CEES W. MARIS, *Milking the Meter: On Analogy, Universalizability and World Views*, in: Legal Knowledge and Analogy: Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics, Patrick Nerhot (Org.), Springer Science+Business Media, 1991, p. 73.

⁴²⁴ Cf. MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, *Sobre la analogía en el Derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Editorial Civitas, 1986, p. 29.

Algumas das premissas suscitadas merecem ser detalhadas. A primeira é que a analogia é uma forma de expressão do valor justiça, materializado pelo princípio da igualdade, que propugna pelo tratamento semelhante entre os casos, mesmo que o sentido gramaticalmente mais evidente do dispositivo não comporte a hipótese⁴²⁵.

Apenas os positivistas voluntaristas não reconhecem a igualdade como fundamento da analogia, porque remetem a analogia como forma de satisfação de uma vontade oculta do legislador⁴²⁶, tese já combatida na introdução sobre o conceito de lacunas. A interpretação não tem a ver com uma pretensa vontade legislativa, mas com a adequada expressão normativa, que passa pela relação do caso e de como este solicita e induz a criação normativa historicamente considerada.

Outro ponto central é como se verifica a semelhança entre os casos a fim de estabelecer a necessidade de um mesmo tratamento normativo. Antes, todavia, é preciso registrar que a semelhança entre os casos não significa que suas diferenças serão abandonadas, mas que um ponto comum entre ambos solicita um tratamento isonômico. Ainda, para que a comparação seja feita é preciso que os casos sejam cotejados sob uma mesma perspectiva, ou seja, a comparação não pode sair do particular para o geral, ou vice-versa, porque as bases comparativas precisam ser as mesmas para que as semelhanças sejam consideradas⁴²⁷.

No que concerne à verificação da semelhança entre os casos, esta decorre da valoração axiológica normativa sobre aspectos comuns dos casos e como a intencionalidade normativa do sistema as qualifica dentro de uma mesma unidade de sentido⁴²⁸.

A valoração da qualidade da semelhança, como grau necessário para incidência da premissa universal de que casos axiologicamente semelhantes devem ter o mesmo tratamento jurídico, é obtida a partir da relação dos casos com o sistema e da resposta que se terá finalisticamente dele sobre a existência de um denominador normativo comum para

⁴²⁵ Cf. CLAUS WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático* ..., p. 176-177.

⁴²⁶ Fundamentando a analogia como modo de respeito da vontade oculta do legislador, cf. NORBERTO BOBBIO, *O Positivismo jurídico*..., p. 218-219.

⁴²⁷ Cf. ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica*..., p. 241.

⁴²⁸ Cass Sunstein afirma que a analogia funciona identificando uma ideia jurídica (um princípio, um standard ou uma regra) que governa a valoração entre o caso-foro e o caso-tema. Cf. CASS R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 65.

o ponto sobre o qual o problema jurídico se coloca⁴²⁹ ou, de forma resumida, do reconhecimento unitário que a intencionalidade normativa apresenta para aspectos comuns de dois casos diferentes⁴³⁰. A semelhança não acaba com a diferença entre os casos, apenas desconsidera os fatores que não são relevantes para a solução do caso e considera aqueles que, apesar de distintos, podem ser normativamente qualificados como um mesmo tipo de problema jurídico⁴³¹.

Assim é que se os textos não forem concebidos como quadrados em que devem se encaixar os casos, mas como verdadeiros norteadores de valor, a possibilidade de extensão da solução normativa do caso-foro para o caso-tema é obtida a partir da verificação da semelhança entre eles normativamente considerada. A existência de semelhança é já uma resposta que se tem de uma leitura axiológica do sistema, que qualifica, à luz do problema analisado, aspectos comuns de casos diferentes como necessariamente submetidos a um mesmo tipo de solução jurídica⁴³². A analogia não é, desta forma, um processo interpretativo lógico de igualdade⁴³³, que permite a construção de fórmulas abstratas, mas um processo metodológico que busca identidade na semelhança⁴³⁴.

Verificada a semelhança juridicamente relevante entre os casos, é preciso conferir se a solução pretendida é compatível com a juridicidade, porque, só depois de preenchidos estes dois momentos, é que será adequada a utilização da analogia. Embora esses dois momentos sejam separáveis apenas pedagogicamente, porque a verificação de semelhanças e a possibilidade da solução pretendida se inserem em um círculo interpretativo em que as

⁴²⁹ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...*, p. 261.

⁴³⁰ Para Alexy, a semelhança entre os casos diante de uma regra é extraída de sua relação com os fundamentos dessa regra, que possui conteúdo principiológico. Como as razões que fundamentam a regra têm natureza de princípios e estes solicitam a utilização da ponderação quando em conflito, há uma necessária relação entre analogia e a ponderação. Nesta interação, a ponderação funciona atribuindo peso aos princípios, o que vai gerar, ao fim, uma “regra da característica relevante” para a solução do caso, que definirá a semelhança entre os casos a atrair a incidência da regra. Em suma, a relevância da semelhança entre os casos vem do peso atribuído a um dos sentidos finalísticos da regra. Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria Discursiva do Direito*, tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 278 e ss.

⁴³¹ Cf. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, p. 946.

⁴³² Posner fala da extração do caso precedente de “*policies*” a serem aplicadas no novo caso. Cf. RICHARD A. POSNER, *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 518.

⁴³³ Cf. MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, *Sobre la analogía...*, p. 155.

⁴³⁴ Cf. FERNANDO PINTO BRONZE, *A metodonologia (para além da argumentação)*, in: *Studia Iuridica 90: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, v. I: filosofia, teoria e metodologia, Jorge de Figueiredo Dias, J. J. Gomes Canotilho e José de Faria Costa (Orgs.), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 355.

hipóteses vão sendo testadas, funcionam para criar um modelo de compreensão do fenômeno e colabora na fundamentação da decisão tomada.

De fato, diante da natural abertura dos textos legais, a pretensão de uma interpretação lógica dedutiva já se demonstrou equivocada⁴³⁵, porque, novamente, o dispositivo contém uma intenção que só é delimitada depois de sua relação com o problema jurídico que se coloca. Neste sentido, a analogia não funciona apenas expandindo o sentido que se atribuía a determinado dispositivo, mas é mesmo o modelo de interpretação dos textos jurídicos em geral.

É comparando as hipóteses que se verificam as semelhanças e diferenças que permitem distinguir se o caso se submete a certo dispositivo, ainda que dentro de seu sentido tradicional⁴³⁶. Quando, por exemplo, uma lei sobre trânsito afirma que ela será aplicada apenas para motocicletas, e não para bicicletas, há uma imagem tradicional do que seriam motocicletas e o que seriam bicicletas, sendo que esta última está excluída expressamente da norma. Não obstante, será que um veículo de duas rodas, com motor elétrico, que desenvolva velocidade máxima de 70Km/h é uma bicicleta ou motocicleta? Veja que a questão não é se a lei é aplicável para bicicletas. O problema é saber se o novo invento elétrico é uma bicicleta, motocicleta ou um terceiro gênero. O mesmo vale para saber se a hipótese de um determinado ato administrativo (com efeitos gerais) ou um contrato (com efeitos sobre terceiros) devem ser enquadrados no regime de contratos, atos ou regulamentos, porque misturam elementos de todas as espécies. Em ambos os exemplos, a analogia é utilizada simplesmente para saber se o caso se adéqua ao sentido textual, ainda que haja dúvida sobre se certa coisa pode ser qualificada como motocicleta (primeiro exemplo) ou como regulamento (segundo exemplo)⁴³⁷.

A analogia é, assim, um elemento básico de interpretação de textos legais⁴³⁸. No entanto, especialmente para o tema lacunas, não é esta forma de utilização da analogia que

⁴³⁵ Não à toa que Theodor Viehweg, tratando do positivismo, afirma que “a frequente presença de raciocínios analógicos indica usualmente a ausência de um sistema lógico perfeito”. Cf. THEODOR VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência...*, p. 40.

⁴³⁶ Cf. MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, *Sobre la analogía...*, p. 32, em que afirma que “os conceitos de classe, que denotam um gênero ou uma classe de bens, são conceitos abertos, vagos e difusos, a solicitar utilização da analogia.”

⁴³⁷ Citando outros exemplos, mas chegando à mesma conclusão, cf. CASS R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning...*, p. 84.

⁴³⁸ Cf. FERNANDO PINTO BRONZE, *A metodonomologia...*, p. 364.

ora interessa, mas aquela que expande o sentido que se atribuía ao texto, ainda que a diferença entre elas seja apenas de grau.

Nesse grau mais elevado da analogia, que ultrapassa o sentido tradicional do texto, não há a aplicação da norma fora de sua hipótese de incidência, mas a obtenção da correta expressão normativa, o sentido adequado da intenção normativa, mesmo que ultrapassando o “sentido gramatical” do dispositivo.

Com certeza, o mesmo vale para a pretensa distinção entre a interpretação extensiva e a analogia, ao argumento de que a interpretação extensiva respeita os limites do texto, enquanto que a analogia ultrapassa seu sentido. Esta noção é fruto ainda de uma leitura nos moldes da distinção interpretação e aplicação, que concebe a interpretação como função meramente declarativa do sentido que se encontra no texto⁴³⁹, quando já se demonstrou que tal divisão inexistente, porque interpretar já é aplicar. A norma já é a norma no caso⁴⁴⁰.

A visão abstrata só pode ser um ponto de partida, ao qual não devem ser levantadas barreiras absolutas no momento seguinte de aplicação da norma ao caso, de modo que é equivocada a concepção de um sentido textual da norma como um limite e a analogia como modo de vencer este limite. A distinção entre analogia e interpretação extensiva também não possui qualquer relevância para a construção da norma do caso, uma vez que a analogia, ao buscar teleologicamente dar cumprimento ao dispositivo, é um dos elementos que verdadeiramente trabalha para a expressão de seu correto sentido normativo⁴⁴¹.

A construção de uma fronteira que divide até onde é admitida a analogia e na qual se admite a interpretação extensiva é erigida na lógica abstrata de proteção (de segurança jurídica) de certas áreas mais sensíveis do Direito, mas: (i) esta não é sequer uma possibilidade concretamente atingível, porque, como se comprovou, a analogia funciona também dentro dos limites tradicionais do texto; e, (ii) mesmo quando a analogia ultrapassa o sentido textual, a distinção é pautada em premissa juridicamente insubsistente.

A insubsistência decorre de dois problemas ligados a esta concepção. O primeiro argumento combatido é a de que as áreas mais sensíveis do Direito precisam desta

⁴³⁹ Defendendo a natureza declarativa da interpretação, cf. NORBERTO BOBBIO, *O Positivismo jurídico...*, p. 211.

⁴⁴⁰ Sobre a distinção positivista entre analogia e interpretação extensiva, cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico...*, p. 155.

⁴⁴¹ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...*, p. 267.

distinção para sua proteção, ou seja, que a analogia (no sentido tradicional de ultrapassar o sentido tradicional do texto) sempre viola o valor segurança jurídica quando utilizada nos campos em questão, o que não é um dado necessário como se demonstrou (no tópico 3.4) ao se tratar de lacunas em normas instituidoras de sanção ou em normas excepcionais, porque a utilização da analogia pode ser feita respeitando as peculiaridades das áreas mais sensíveis do Direito, tema que será objeto de nova visita quando da relação específica entre analogia e legalidade em Direito Sancionador.

Já o segundo problema é que a cisão de campos para interpretação extensiva e outro para analogia deixa de considerar a fundamental necessidade de coerência e igualdade do ordenamento jurídico; quer dizer, a analogia não é outra coisa senão a expressão da necessidade de manutenção de unidade e coerência do Direito, de modo que sua exclusão é contrária à necessidade fundamental de que o sistema ofereça resultados iguais para situações valoradas pelo próprio sistema como similares⁴⁴².

Assim é que a natureza criativa da analogia, mesmo quando ultrapassa o modo padrão de criatividade presente na interpretação “ordinária”, é apenas a expressão do correto sentido normativo. Assim, pode-se afirmar que a analogia tem duas características: cria e conserva. Cria de forma qualificada, porque permite ultrapassar o significado que se tinha sobre determinado dispositivo, se necessário excedendo o sentido textual, e desta forma (re)produz o conteúdo do dispositivo. Conserva porque confere ao sistema uma válvula de atualização que permite sua manutenção como sistema coerente e tendente à realização de seu dever de universalidade pelo qual casos semelhantes devem ter um tratamento igualitário⁴⁴³. Isso confirma que, conquanto o foco na analogia seja sempre o criativo e os problemas a ele inerentes, a analogia exerce um fundamental papel de conservação do sistema jurídico. O que, de outro lado, não quer dizer que a analogia não tenha limites, tema que será objeto dos próximos tópicos, mas que tais limites não podem ser desenhados num esquema previamente definido de tudo ou nada. O único limite absoluto de possível reconhecimento para a analogia seria o próprio respeito ao Direito, mas um tal critério acrescenta muito pouco à sua utilização.

⁴⁴² Sobre analogia como coerência no ordenamento jurídico, cf. NEIL MACCORMICK, *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*, tradução de Waldéa Barcelos, São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 199.

⁴⁴³ Cf. MANUEL ATIENZA, *Curso...*, p. 232.

Por certo, na qualidade de elemento que auxilia na verificação do sentido normativo do texto, a analogia precisa respeitar os limites impostos pelo Direito que, numa perspectiva geral e que sumariza a análise feita nos capítulos que trataram da relação do conceito de lacunas com a lei e demais fontes, podem ser separados em limites que dizem respeito:

- (i) à formação da fonte, especialmente o elemento democrático; e
- (ii) ao conteúdo da fonte do Direito, que tem a ver com indicações positivas sobre a expressão normativa, tendentes a permitir uma maior ou menor atuação criativa, particularmente porque em jogo especiais valores fundamentais (por exemplo, o princípio da legalidade criminal).

Neste sentido, pode-se afirmar que há uma íntima ligação entre analogia e o conceito de lacunas, porque a insuficiência do Direito positivo que manifesta uma lacuna é verificada por meio da analogia, uma vez que, da comparação entre os casos, é possível que o sistema jurídico os qualifique como semelhantes, mas que não haja um dispositivo, considerando o sentido que tradicionalmente lhe conferem, que forneça solução adequada, o que indica a existência de uma lacuna.

Portanto, a analogia é um meio para verificar se há uma lacuna no ordenamento, se o Direito positivo é insuficiente porque não contém um dispositivo, aí entendido com o significado que lhe é normalmente atribuído, necessário para que não haja um tratamento desigual entre situações semelhantes, o que faz com que haja uma incoerência interna no Direito que precise ser solucionada.

A analogia também, num segundo momento, fornece os meios para solucionar a lacuna, principalmente considerando a possibilidade de incidência da norma para além dos limites gramaticais, porque lhe atribui um novo sentido e reconfigura a anterior leitura do ordenamento e, desta forma, possibilita que o sistema mantenha coerência interna e conserve sua integridade, qualidade que permite que o sistema inove para se conservar⁴⁴⁴. Assim, pode-se dizer que a analogia funciona em dois níveis: no momento de reconhecimento da lacuna e posteriormente em sua integração.

⁴⁴⁴ Cf. MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, *Sobre la analogía...*, p. 180, em que afirma que a analogia soluciona um problema básico dos ordenamentos jurídicos ao permitir “la innovación del sistema conservando su estructura”.

Agora que o conceito de analogia foi delimitado e sua relação com o problema das lacunas foi brevemente introduzido, é preciso aprofundar a investigação sobre os limites e possibilidades da interação entre analogia e lacunas considerando especialmente sua relação com as diversas fontes do Direito Administrativo e a normatividade presente nessas fontes, que, de alguma maneira, condicionam a utilização da analogia como forma de solução de lacunas. É o que se passa a empreender nos tópicos seguintes.

6.1.1 – Limites para utilização da analogia em Direito Administrativo

Como já antecipado, não há um limite absoluto para a utilização da analogia de forma abstrata, mas o Direito condiciona sua utilização ao respeito de uma série de requisitos a depender do caso. O que se pretende neste tópico é verificar os principais limites à utilização da analogia sem com isso desenhar uma fórmula fechada e geral de limites, que seria exatamente contrária à perspectiva normativa que se entende como correta.

6.1.1.1 – Natureza da analogia e racionalidade jurídico-administrativa

O primeiro limite de utilização da analogia tem a ver com sua natureza. De início, a analogia não pode ser considerada uma norma jurídica, porque não contém a pretensão de produção de um resultado vinculante. A analogia não traz um sentido de dever ser, não tem um conteúdo que indique a validade ou invalidade de determinada conduta. Sua função, como se provou, é auxiliar na obtenção do significado dos dispositivos jurídicos.

Outrossim, por tudo o que já se disse, a analogia também não pode ser considerada um elemento de integração se entendida como um método de superação da interpretação da norma⁴⁴⁵. A distinção (forte) entre interpretação e integração, que separa em recipientes estanques cada uma delas, é fruto da distinção positivista entre interpretação e aplicação.

Como não há distinção entre interpretação e aplicação, mas apenas um projeto normativo (perspectiva abstrata) que pode ou não ser concretizado, todo o processo de

⁴⁴⁵ Defendendo esta posição, cf. NORBERTO BOBBIO, *O Positivismo jurídico...*, p. 214.

atribuição de significado ao texto se caracteriza como interpretação, na qual podem ser identificados vários elementos, entre eles o analógico.

Ainda que a interpretação seja um processo circular e complexo, é possível distinguir alguns elementos que a compõem e que são utilizados para obtenção do sentido normativo, como são exemplificativamente os tradicionais elementos histórico, sistemático, axiológico, teleológico e analógico. Não há, assim, uma interpretação histórica ou analógica, por exemplo, mas apenas a interpretação correta, para a qual não há uma fórmula fechada ou de peso.

Assim é que a natureza jurídica da analogia é a de elemento interpretativo, porque é um método para obtenção do significado dos textos jurídicos⁴⁴⁶. Na qualidade de elemento interpretativo jurídico, a analogia requer sua utilização dentro da racionalidade jurídica. Isso equivale a dizer que a analogia deve ser utilizada observando a metodologia de funcionamento do Direito.

A racionalidade jurídica a ser respeitada pela analogia se manifesta pela inter-relação entre caso e sistema, o que requer um juízo decisório pautado na validade normativa referenciada no sistema, que se refere concretamente ao cerne do problema suscitado pelo caso⁴⁴⁷. Essa perspectiva geral transportada para dentro do Direito Administrativo incute a necessidade de respeito pela analogia à racionalidade jurídico-administrativa, o que impõe sua utilização observando as características do regime jurídico-administrativo.

Se, por exemplo, a analogia em geral não pode ser feita tendo como base uma norma religiosa, porque aí já não há racionalidade jurídica, no Direito Administrativo a analogia não pode ser feita desconsiderando os preceitos que autonomizam o Direito Administrativo como ramo independente, porque senão a analogia já não será mais em Direito Administrativo.

Neste sentido, a analogia que se faça utilizando como premissa a legalidade com o significado que lhe é atribuída no Direito Privado, calcada na autonomia da vontade, já não será uma analogia administrativa, mas privada. Não se quer com isso afirmar que não é possível a analogia com normas privadas, mas tão só que a analogia em Direito

⁴⁴⁶ Cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito...*, p. 519.

⁴⁴⁷ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...*, p. 235.

Administrativo deve ser feita observando os elementos fundacionais do Direito Administrativo, sob pena ser violada sua racionalidade própria.

6.1.1.2 – Analogia e limites democráticos

De modo geral, este tópico é a junção dos conceitos investigados em todos os capítulos anteriores com o de analogia, de forma que serão brevemente recordados os temas relevantes para que, ao final, se possa verificar o resultado da interação⁴⁴⁸.

Mesmo que toda interpretação feita de forma equivocada possa ser um meio para o voluntarismo do intérprete, a natureza criativa de maior intensidade da analogia potencializa o perigo de sua utilização arbitrária. No entanto, é preciso reiterar que a interpretação analógica (e em geral) não é um local no qual o intérprete tenha discricionariedade⁴⁴⁹, porque toda interpretação é balizada pelo caso e pelo sistema, de modo que a solução de lacunas por meio da analogia tem de ser reconduzível ao ordenamento jurídico⁴⁵⁰.

Com isso, quer-se dizer que a analogia trabalha dentro do sistema, e não criando novas fontes do Direito. A natureza criativa da analogia é aquela que começa com o texto, aberto por natureza, mas que termina, que tem seu significado concretizado, diante do caso. É exatamente na busca do sentido do texto que a analogia funciona criativamente, mas o sistema é um dado que precisa ser respeitado, porque indica a validade do novo sentido que se pretende conferir ao texto.

Como tratado no capítulo sobre (as outras) fontes do Direito, o reconhecimento de positividade (normatividade vinculante vigente) tem de ser feito observando a autoridade da comunidade, ou seja, as fontes do Direito são aquilo que a comunidade assim reconhece. O passo seguinte da construção normativa que se inicia com a fonte é a

⁴⁴⁸ Para não tornar o texto desnecessariamente enfadonho, não serão refeitas todas referências sobre cada um dos pontos, que podem ser encontradas nos respectivos capítulos em que se tratou do tema.

⁴⁴⁹ Em sentido contrário, Kelsen afirma que a analogia confere um espaço de “livre arbítrio” ao aplicador. Cf. HANS KELSEN, *Teoria geral das normas...*, p. 345.

⁴⁵⁰ Neste sentido, é que Francisco Aguilar afirma que “o comando de analogia dirigido ao intérprete não posterga o princípio democrático, antes pelo contrário, homenageia-o, mesmo ali onde o estenda para lá de sua habitual concretização”. Cf. FRANCISCO AGUILAR, *A norma...*, p. 209.

atribuição de sentido a esta, tarefa na qual o intérprete também não está livre para atribuir qualquer significado ao texto, uma vez que está vinculado ao contexto histórico em que o problema está colocado, isto é, os sentidos possíveis do texto também são o reflexo da comunidade no momento da interpretação.

Este é o ponto central do respeito aos limites democráticos pela analogia: a interpretação deve ter o sentido que a comunidade projeta sobre as fontes que ela reconhece. O que se faz dentro de um contexto em que o intérprete, como afirma Lenio Streck, não parte do “grau zero de sentido”⁴⁵¹, porque se encontra imbuído da história jurídica, especialmente dos princípios, que delimitam as possibilidades interpretativas. É, então, forçoso concluir que a solução de lacunas por analogia só será democrática se atribuir sentido ao texto que possa ser reconduzível ao sistema, considerando o contexto histórico em que se coloca.

O positivismo pretendeu resolver a questão do respeito democrático da interpretação trabalhando com a noção de vontade oculta do legislador e de interpretação gramatical, duas construções que já se demonstraram insubsistentes, em especial diante do problema das lacunas e da solução analógica, de modo que a analogia desfere o tiro de misericórdia na pretensão lógica interpretativa do positivismo.

Destarte, é preciso que a interpretação observe que há momentos em que decisões fundamentais precisam ser tomadas e que tais decisões são de titularidade da comunidade, o que impede sua construção a partir da interpretação – porque o intérprete não atua com liberdade (discrecionabilidade) na atribuição de sentido, prerrogativa esta que é exclusiva da comunidade. No mundo de hoje, no que concerne à positividade, o fórum comum de tomada de decisões é, ainda que não exclusivamente, o Parlamento, que a expressa por meio de lei⁴⁵².

Neste sentido, é sobretudo relevante o ordenamento constitucional, que já indica como algumas matérias são especialmente qualificadas por estarem dentro do campo da reserva de lei parlamentar⁴⁵³, a solicitar a produção de lei (em sentido estrito) para que possa ser regularmente alterada a disposição sobre o tema. Também decorre deste fato a necessidade de que haja um exercício substantivo desta competência, o que impõe para

⁴⁵¹ Cf. LENIO LUIZ STRECK, *O que é isso...*, p. 106.

⁴⁵² Neste sentido, o intérprete tem que se autoconter quando está diante de questões que envolvem “o programa político-estratégico da comunidade”. Cf. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, p. 960.

⁴⁵³ V. artigos. n.º 164.º e 165.º da CRP.

alguns temas um mínimo de densificação normativa. Em outros termos, a indicação constitucional de que certos campos envolvem uma reserva de lei parlamentar é um sinal de que a analogia atua em área em que há um potencial menor espaço criativo.

Deste modo, a analogia não interage de forma linear em sua relação com a democracia, notadamente quando o princípio democrático é concretizado pelo princípio da legalidade, porque a legalidade desempenha papéis distintos no ordenamento, tendo campos qualificados pela necessidade de reserva de lei e pela necessidade de um mínimo de grau de densidade normativa.

Ainda que não seja possível criar uma fórmula fechada, é probabilisticamente possível afirmar que a atuação criativa da analogia é maior na juridicidade em geral, o que, no campo legislativo, seria resguardado pela noção de preferência de lei e reserva de lei⁴⁵⁴, e menor quando presente a reserva de lei parlamentar⁴⁵⁵, o que impõe que seja considerado no momento da interpretação a competência do Parlamento para a introdução de novos dados no sistema, por meio da edição de leis.

Com efeito, suponha-se que uma lei estabeleça o regime sancionatório dos funcionários públicos, sem especificar o conceito de funcionário público, o que abarca de forma clara o indivíduo que tem uma relação funcional direta com a Administração (seja ela estatutária ou contratual), mas pode haver certa dúvida sobre a possibilidade analógica de inclusão de indivíduos que têm uma relação eventual com a Administração (voluntários ou prestadores de serviço, por exemplo). No entanto, no estágio atual não é possível aplicar analogicamente o conceito de funcionário público para indivíduo que tem relação empregatícia com um ente privado sem qualquer relação com a Administração, ainda que o ente privado exerça uma função que seria tipicamente uma função Administrativa (por exemplo, o registro de domínios eletrônicos).

A analogia neste exemplo é descabida porque, mesmo que se possa reconhecer traços administrativos no exercício privado de funções tipicamente públicas, o conceito de Direito Administrativo ainda é fortemente ligado à organização estatal como pessoa

⁴⁵⁴ Sobre a distinção entre preferência de lei e reserva de lei, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I...*, p. 163 e ss.

⁴⁵⁵ Ainda dentro do campo da reserva de competência legislativa, pode-se afirmar que a analogia tenda a ser mais contida nas áreas em que há uma reserva absoluta de competência legislativa. Sobre a distinção entre reserva absoluta e relativa de competência parlamentar, cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional: funções do Estado e o Poder Legislativo no ordenamento português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 378.

coletiva⁴⁵⁶⁻⁴⁵⁷. Ou seja, uma imediata rotação das bases administrativas é um tema de tal modo essencial para a comunidade que precisa ser debatido por esta, o que normalmente ocorre na arena parlamentar, apesar de, todavia, o mesmo possa ocorrer de forma gradual pela construção de uma nova visão no decorrer no tempo, alteração de contexto que alia o surgimento de costumes e a alteração das bases jurisprudenciais (doutrinárias e jurisdicionais).

A interpretação analógica, mormente nos casos em que atua expandindo o sentido que se tinha do texto, pode se mostrar extremamente difícil e conflituosa em determinados temas. Como a natureza não lógica da interpretação impede a construção de uma fórmula que resolva todos os casos, é a partir já do caso e de sua relação com o sistema, imbuído do contexto histórico, que se pode verificar qual o limite para a atuação criativa, sendo que a existência de questões essenciais para a comunidade, como as potencialmente presentes nos campos em que há uma reserva de lei parlamentar, deve conter a utilização da analogia fortemente criativa. Entretanto, o fato de a analogia se apegar menos ao sentido da gramática do texto e mais às ideias nele contidas não a torna antidemocrática; ao contrário, só reforça o cumprimento da intenção normativa plasmada no sistema.

6.1.1.3– Analogia e demais limites normativos

A limitação democrática da analogia é pré-normativa, porque existe antes mesmo de qualquer fundamento normativo, uma vez que o Direito já nasce tendo de respeitar a comunidade que o funda, mas também é normativo, porque a Constituição já contém indicações de áreas em que a legalidade desempenha um papel especial, ponto que foi tratado no tópico anterior. As limitações normativas investigadas neste tópico são, assim,

⁴⁵⁶ A imbricação estatal do Direito Administrativo (leia-se, a organização como pessoa de Direito Público) se encontra presente já no começo da conceituação de “poder administrativo”, realizada por Freitas do Amaral, que o qualifica como “o sistema de órgãos do Estado e das entidades públicas menores...”. Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, v. II..., p. 17. Já tratando de como esta relação está em processo de desconstrução, cf. LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *A ciência...*, p. 117 e ss.

⁴⁵⁷ Ainda sobre o tema, cf. CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA, *Conselhos de fiscalização profissional: entidades públicas não-estatais*, Revista de Direito do Estado n.º 4 (out.-nov. de 2006), Rio de Janeiro, Renova, 2006, p. 327 e ss., em que tratam da não submissão da Ordem dos Advogados do Brasil à regra constitucional do concurso público por ser um ente público não estatal.

as que, para além da questão democrática, envolvem outras características normativas, notadamente a segurança e previsibilidade, e também a coerência interna do sistema.

É preciso fazer aqui a mesma ressalva feita no tópico anterior: a de que parte dos conceitos que serão abordados já foram trabalhados em todos os capítulos precedentes, de modo que serão apenas brevemente suscitados para que haja fluência textual. Assim, a análise partirá, tanto quanto possível, diretamente para sua interação com o conceito de lacunas.

6.1.1.3.1 – Analogia em normas taxativas ou excepcionais

Tem-se negado a possibilidade de analogia em normas taxativas ou excepcionais⁴⁵⁸, porque, como visto no tópico 3.3, pautado em (pretensa) premissa lógica, afirma-se que, se a hipótese não se encontrar no rol taxativo, é porque esta não se aplica ao caso. O mesmo corre quando o caso não se amolda na norma excepcional, o que enseja a aplicação da norma geral. Contudo, esta concepção parte da premissa de que existe uma norma acabada em abstrato, confundindo texto e norma⁴⁵⁹.

Já de início, é preciso ressaltar o fato de a analogia ser utilizada na interpretação em geral, mesmo nos casos em que não há a expansão do sentido tradicional do texto. Porém, mesmo quando ultrapassado o sentido do texto, não há uma vedação absoluta de utilização da analogia. O que é absolutamente fundamental é que a interpretação considere tal característica normativa, o que equivale a dizer que a analogia não pode ser feita desconsiderando o fato de que o texto foi construído de forma taxativa ou num sistema de norma geral e norma excepcional, sem que isso predefina inequivocamente a interpretação.

A rigor, como a analogia é a maneira de garantir coerência ao ordenamento e reconhecer o fundamental valor de tratar casos normativamente semelhantes de forma igual, a vedação absoluta de analogia é que se demonstra como uma afronta ao Direito. De

⁴⁵⁸ Sobre a impossibilidade de utilização de analogia em dispositivos *numerus clausus*, normas rígidas, normas que estipulam a incidência tributária, isenções e normas de Direito sancionador, cf. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições...*, p. 592 e ss.

⁴⁵⁹ Cf. KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico...*, p. 297, em que afirma que a máxima de que os preceitos excepcionais não podem ser estendidos “deve ser manejada com a maior cautela”, exatamente em função de que a analogia pode ser a forma de dar concretude à intenção normativa contida no preceito excepcional.

fato, é inclusive possível que a utilização da analogia seja feita exatamente para garantir coerência ao sistema taxativo ou da norma excepcional.

O exemplo já citado de ato da Administração que viole a dignidade humana e como este não se encontra no rol de atos nulos do CPA (norma excepcional), em especial considerando que parte da doutrina não qualifica a dignidade, corretamente, como direito fundamental. Partindo da premissa ora questionada, que rotula o ato como apenas anulável (norma geral), conferindo menor proteção à dignidade, bem jurídico axiologicamente superior aos direitos fundamentais, demonstra-se como é incoerente e desigual a tese restritiva da analogia⁴⁶⁰.

Neste sentido, o reconhecimento de que um ato da Administração que viole a dignidade é semelhante a um que viole direito fundamental, bem como que isso lhe garante o mesmo regime jurídico de invalidades administrativas, não contradiz a lógica do sistema de regra geral (atos anuláveis) e regra excepcional (atos nulos). Ao contrário, é exatamente a concretização e o pleno desenvolvimento da intenção normativa que pretendia conferir maior desvalor a atos da Administração que violam bem jurídicos relevantes.

Em que pese a existência de tentativa de limitação legal à utilização da analogia, como a presente no artigo 11 do CC português, tal pretensão precisa também ser interpretada⁴⁶¹. Caso se entenda como uma efetiva proibição de utilização de analogia, a norma será inconstitucional por violação ao preceito fundamental da igualdade⁴⁶² e por ser uma pretensão materialmente inatingível, uma vez que a analogia é a base de toda interpretação. De outro lado, a interpretação conforme a constituição do dispositivo é aquela que o compreende como a necessidade de respeito ao sistema em que se coloca a norma excepcional.

Assim, a natureza peculiar de tais normas não impede em absoluto a utilização da analogia, mas condiciona a interpretação ao respeito da intencionalidade normativa presente nestes tipos legais.

⁴⁶⁰ É possível também, como se verificará no próximo tópico, que o rol taxativo ou a norma excepcional seja ampliada em razão da incidência dos princípios jurídicos fundamentais, o que possibilita, por exemplo, reconhecer atos inexistentes ou nulidades por natureza.

⁴⁶¹ Sobre como as restrições legais à interpretação acabam por gerar pouco resultado, cf. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *O caleidoscópio do Direito...*, p. 570-571. A respeito de como as proibições de analogia não “chegam a normar por demandarem uma impossibilidade jurídica”, cf. FRANCISCO AGUILAR, *A norma...*, p. 192.

⁴⁶² Cf. CLAUS WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 224

6.1.1.3.2 – Analogia em normas sancionatórias

Não tem sido reconhecida a possibilidade de utilização da analogia em normas instituidoras de sanção, o que seria uma imposição da necessidade de segurança e previsibilidade das condutas reguladas diante da importância do bem jurídico tutelado⁴⁶³. Sendo assim, se a conduta não estiver descrita no tipo legal, inexistiria qualquer imputação a ser feita. O mesmo entendimento tem sido aplicado em variados campos em que se defende uma tipicidade fechada, como, por exemplo, nas normas instituidoras de tributos⁴⁶⁴.

O tema já foi introduzido no tópico 3.4, em que se verificou a possibilidade de ocorrência de lacunas em tipos instituidores de sanção. Em suma, o que se disse foi que o conceito de tipo fechado é insubsistente, uma vez que a normatividade é sempre aberta, sempre necessita que algum sentido lhe seja atribuído, o que permite, ou melhor, impõe o reconhecimento da existência de lacunas, porque as normas se submetem a uma constante releitura histórica que demonstra a necessidade de alteração do sentido do texto para que a concretização normativa seja juridicamente adequada e em razão do sentido do texto não ser aquele gramatical, mas especialmente o axiológico, o que possibilita a inclusão de novos sentidos ao texto. A existência de lacunas, todavia, não significa que a utilização da analogia em normas sancionadoras seja a que se verifica ordinariamente, exatamente porque a legalidade sancionatória, como resultado da proteção de fundamentais bens jurídicos, solicita um especial cuidado na solução analógica.

De início, é preciso ressaltar novamente que a interpretação em geral é de base analógica, de busca de identidade na diferença, o que evidentemente se aplica à hipótese da legalidade sancionatória, de modo que o problema se coloca quando a analogia amplia o sentido tradicional do texto.

Com a ampliação do sentido do texto, a interpretação analógica tem uma especial relação como a legalidade sancionatória porque ainda precisa resguardar os valores

⁴⁶³ A proibição de analogia se encontra presente no artigo 1º, n.º 3 do CP português. Todavia, como já referido (v. nota 457 supra), as proibições interpretativas surtem pouco efeito, especialmente a proibição de analogia, que se apresenta como uma impossibilidade jurídica, posto que toda interpretação é analógica.

⁴⁶⁴ V. artigo 11.º, n.º 4, da LGT.

segurança e previsibilidade que a inspiram⁴⁶⁵. Um primeiro requisito é que o novo sentido atribuído ao texto permita uma regulação que garanta segurança e previsibilidade na conduta, o que se faz atribuindo significado que esteja de acordo com a mutação do sentido historicamente considerado do texto, ou seja, a alteração de contexto histórico pode ensejar a alteração de sentido de determinado texto e, se o novo sentido atribuído ao texto for conectado historicamente, é garantido aos indivíduos o conhecimento de que aquela conduta passou a ser abarcada pelo texto.

Ainda, o sentido do texto, por tudo o já aqui afirmado, não há de ser necessariamente o gramatical, mas também e especialmente o sentido axiológico da norma, de modo que a previsibilidade deve considerar igualmente o sentido axiológico do texto⁴⁶⁶.

Com efeito, o exemplo do crime de furto de energia elétrica é paradigmático, porque, no momento da história em que o serviço de distribuição de energia elétrica começou, o conceito de bens para fins de qualificação do crime de furto era tão só o de algo concretamente palpável, o que não englobava a energia elétrica. No entanto, a subtração de dinheiro ou de energia elétrica são substancialmente semelhantes normativamente, porque o tipo penal de furto pretende desestimular a conduta que causa prejuízo econômico por meio da subtração voluntária de algo sem qualquer relação entre as partes, o que permite qualificar as hipóteses de subtração de dinheiro e de energia elétrica como semelhantes⁴⁶⁷. Assim, a alteração de contexto histórico permitiu que os indivíduos soubessem que a energia elétrica tinha um valor econômico, era titularizada por terceiro e que sua aquisição dependia do consentimento deste, seguida do respectivo pagamento⁴⁶⁸.

O agente do furto de energia não estava, assim, agindo sem que sua conduta tivesse o grau de previsibilidade que se espera de um tipo penal, porque axiologicamente o tipo do furto salvaguarda o patrimônio em geral, o que permite afirmar, já no momento da invenção da energia elétrica, que sua subtração seria um desvalor criminal.

⁴⁶⁵ Sobre a possibilidade de utilização da analogia em normas instituidoras de sanção, cf. ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES, *O Princípio da Legalidade Criminal*..., p. 464 e ss., especialmente p. 471-472; cf. FRANCISCO AGUILAR, *A norma*..., p. 59 e ss.

⁴⁶⁶ Cf. FRANCISCO AGUILAR, *A norma*..., p. 62.

⁴⁶⁷ Citando um caso holandês do começo do século XX, de furto de energia elétrica e o problema da analogia, cf. CEES W. MARIS, *Milking the Meter: On Analogy*..., p. 71

⁴⁶⁸ Em termos atuais e similares ao furto de energia, a questão da analogia se coloca sobre a possibilidade de inclusão do furto de sinal de “TV a cabo” no tipo penal, sem que haja um consenso jurisdicional. Com efeito, enquanto a jurisprudência do STJ enquadra a conduta no tipo de furto (v. Recurso Especial nº 1123747), o STF tem decisão em sentido contrário, entendendo pela atipicidade da conduta (v. Habeas Corpus nº 97261).

No Brasil, um outro exemplo que envolve um tipo penal ligado ao Direito Administrativo elucida a questão e tem uma conflituosa utilização analógica. Trata-se do artigo 163, parágrafo único, inciso III, do CP brasileiro⁴⁶⁹, que dispõe sobre o crime de dano qualificado por ser praticado contra o patrimônio da “União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista”. Todavia, o dispositivo não trata do patrimônio do Distrito Federal⁴⁷⁰, o que faz com que, de maneira ampla, a doutrina afaste a forma qualificada quando o crime ocorre contra patrimônio do Distrito Federal, em razão exatamente da vedação analógica⁴⁷¹.

Não obstante, a pretensão normativa desse tipo é evidentemente a proteção do patrimônio público e não há qualquer imprevisibilidade na inclusão do patrimônio do Distrito Federal na modalidade qualificada se considerada a expressão axiológica da norma. Não há, para o público em geral, qualquer distinção entre o DF e um Estado-membro, porque todos são encarados como entes públicos. Aqueles que cometem dano contra o patrimônio do DF sabem que estão danificando um bem público⁴⁷². A exclusão do patrimônio do DF deste tipo considera que os indivíduos que potencialmente podem praticar o crime são especialistas em Direito Criminal (com noções de Direito Administrativo), que adotam sempre uma interpretação gramatical restritiva e que inequivocamente a inclusão do DF viola seu direito de segurança e previsibilidade, o que de todo não é mesmo para a legalidade criminal um padrão razoável do que pode ser considerado como a regulação previsível das condutas⁴⁷³.

Os dois exemplos assinalam como a utilização da analogia não vulnera o padrão de previsibilidade tipicamente esperado da regulação criminal, porque, mesmo quando a

⁴⁶⁹ “Art. 163 – Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: (...) Parágrafo único – Se o crime é cometido: (...) III – contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;”

⁴⁷⁰ O mesmo problema se coloca também para o patrimônio das empresas públicas e as fundações públicas, que não aparecem no texto da qualificadora.

⁴⁷¹ Cf. CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal, v. 3, Parte especial, Dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 215; ROGÉRIO GRECO, *Curso de Direito Penal, v. 3, Parte especial*, Niterói, Impetus, 2014, p. 169-170.

⁴⁷² A jurisprudência diverge sobre a possibilidade de inclusão do patrimônio do DF no crime qualificado. O STJ, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1548522, adotou a tese da vedação analógica para a hipótese. Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgamento da apelação 0011027-79.2012.8.07.0004, adotou a tese que permite a inclusão do patrimônio do DF no tipo qualificado.

⁴⁷³ Sobre como as expressões penais devem ser compreensíveis pelo “homem de carne e osso de inteligência média”, cf. FRANCISCO AGUILAR, *A norma...*, p. 61.

interpretação analógica ultrapassa o sentido tradicional do texto, exatamente o faz em favor da ideia que se encontra presente nele. O homem médio (a rigor, as pessoas em geral) não conhece as expressões gramaticais presentes nos tipos legais, de modo que a determinação de suas condutas decorre mais do valor extraível do ordenamento do que das palavras constantes nos dispositivos. Assim, há que se esperar dentro de um padrão médio de responsabilidade dos indivíduos que estes observem axiologicamente a norma, o que derruba a tese de que a analogia é proibida em razão de violar a segurança ínsita à legalidade sancionatória, porque a previsibilidade inclui o valor normativo extraível do ordenamento.

Para além da necessidade de analogia só ser admissível se mantida a previsibilidade e segurança, é preciso que a solução analógica resguarde também a coerência sistemática. Isso quer dizer que a interpretação analógica tem de ser condizente com o sistema sancionador como um todo, o que impede que sejam aceitas soluções que contrariem o sistema, bem como aquelas que não podem ser universalizadas sem que, com isso, o sistema seja afrontado.

Ainda, a jurisprudência (doutrina e jurisdição) funciona como um meio de garantia da correção analógica em sede de legalidade sancionatória, porque permite verificar se o sentido atribuído é reconduzível ao texto, seja diante de um novo contexto, seja verificando se a hipótese se coloca axiologicamente dentro da intencionalidade normativa.

6.1.1.3.3 – Analogia com outros ramos do Direito, especialmente com o Direito Privado: o problema do pertencimento

A utilização de normas pertencentes a outros ramos do Direito no Direito Administrativo, ou melhor, a solução de casos jurídico-administrativos por analogia a casos resolvidos com a utilização de normas que tradicionalmente são consideradas como de outro ramo do Direito, esbarra na dificuldade do pertencimento dessas normas em outro subsistema jurídico.

A natureza unitária do Direito não faz com que sua construção desconsidere as peculiaridades próprias de diversos aspectos da vida, o que notoriamente levou à compartimentação interna do Direito em vários ramos que possuem dispositivos voltados à

regulação, levando em conta exatamente tais peculiaridades. Tal pertencimento das normas a um campo é, assim, um elemento de intenção normativa que deve ser considerado na interpretação⁴⁷⁴. Essa característica é que levou parte da doutrina a afirmar que a analogia no Direito Administrativo não poderia ser feita com o Direito Privado, mas apenas com normas de Direito Público⁴⁷⁵. No entanto, tal concepção precisa ser aprofundada.

É claro que, diante da natural proximidade que outros ramos do Direito Público possuem com o Direito Administrativo, há uma maior facilidade em reconhecer semelhança entre dois casos públicos: um administrativo e um de outro ramo do Direito Público.

No mesmo sentido, não é fácil que se reconheça a semelhança entre um caso administrativo e um privado, isto é, diante da distinção entre princípios fundamentais que norteiam o Direito Administrativo e o Direito Privado é pouco provável que esses casos sejam qualificados como semelhantes. Ainda que o sejam, será necessário que a solução do caso privado seja admissível pelo sistema jurídico-administrativo. É preciso, desta forma, que a comparação entre os casos vençam duas fortes barreiras erigidas sob princípios fundamentais absolutamente distintos para que possa ser utilizada a analogia, o que não impede a utilização da analogia com casos jurídico-privados, mas, sem dúvida, torna sua utilização excepcional.

Vejamos, por exemplo, a situação dos funcionários públicos e privados no Brasil: se uma visão superficial pode parecer que tratam de hipótese em que seja possível reconhecer semelhanças, verdadeiramente não é o que ocorre, porque, enquanto os funcionários públicos estão submetidos à legalidade administrativa e à necessidade de continuidade do serviço público, os empregados privados são regidos pela legalidade privada e autonomia da vontade, o que impede que se considere, por exemplo, que o regime sobre o direito de greve do empregado privado seja aplicado irrestritamente ao público por analogia⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Numa perspectiva mais restrita da regra de pertencimento, cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da boa fé...*, p. 95 e ss.

⁴⁷⁵ Cf. NUNO J. VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA, *Noções de Direito Administrativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 125.

⁴⁷⁶ No Brasil, o STF, no julgamento de mandados de injunção, estendeu, com ressalvas, a aplicação da Lei de Greve Privada aos servidores públicos. No entanto, não o fez no exercício interpretativo analógico, mas diante da competência constitucional para suprir omissões legislativas, hipótese em que atua com poderes similares ao Legislativo, tema desenvolvido no tópico 4.1.2, para onde se

Entretanto, é possível que questões não centrais sobre o regime de greve e, por isso, pouco ligadas aos princípios fundamentais do regime privado sejam utilizadas por analogia. Suponha-se que há uma lei que regulamente o direito de greve na função pública e trate da participação do sindicato sem, contudo, conceituar o que é um sindicato e a “lei privada”, por sua vez, o faça. Se em um caso de greve envolvendo a função pública há a participação de ente que se possa entender como o conceituado na “lei privada” como sindicato, é possível que se reconheça a semelhança entre os casos e que não haja impedimento em sua recepção pelo ordenamento jurídico-administrativo. Nesta hipótese, a qualificação jurídica de sindicato não conflita com os elementos que fundam a distinção entre o Direito Público e o Privado. Isso já introduz um outro problema, que é o de saber se o tal sindicato não é uma categoria de Direito Comum. Em termos amplos, como já demonstrado, o Direito Comum é aquele que se aplica indistintamente a todos os ramos do Direito e que, por isso, não está ligado a nenhum dos princípios fundamentais de um específico ramo do Direito.

Todavia, nem sempre é fácil, ou melhor, quase sempre é difícil o reconhecimento de quais são os dispositivos de Direito Comum, especialmente porque boa parte desses dispositivos se encontram em leis tidas como privadas. O caso do Código Civil, brasileiro e português, é o exemplo maior do ponto. Diversos conceitos gerais tratados tipicamente em “leis privadas” transpassam todos os ramos do Direito; a noção de propriedade, crédito, prescrição, personalidade, contrato, entre tantos outros, possuem um regime jurídico geral em corpos legais tidos como privados⁴⁷⁷. Não se quer com isso dizer que esses mesmos temas não encontrem regulação em normas administrativas, mas que suas bases gerais recaem sobre a normatividade que se aplica para todo o Direito. Ou seja, determinados temas possuem uma regulamentação geral comum (transversal) e uma específica dentro de cada ramo do Direito, de forma que, por exemplo, mesmo que existam especificidades

remete. Mesmo assim, o STF não estendeu a aplicação de forma irrestrita da Lei de Greve Privada, uma vez que diversos condicionamentos foram estabelecidos, notadamente diante da importância da continuidade do serviço público. V. Mandado de Injunção nº 670.

⁴⁷⁷ A rigor, tais conceitos já são um dado histórico comunitário estabelecido que foram, inclusive, elevados à categoria constitucional. Assim, como as constituições tratam de conceitos como propriedade, personalidade, crédito etc., estas categorias que eram tidas como de Direito Privado foram constitucionalizadas. Isso, de certo modo, incute na interpretação constitucional elementos tradicionalmente privados, fenômeno contrário à lógica da interpretação conforme a Constituição, porque induz à interpretação constitucional “conforme o Direito Privado”, ainda que, melhor compreendendo a questão, tudo se resuma ao reconhecimento de um Direito Comum (ou geral) e de como a interpretação se baseia no reconhecimento historicamente considerado do sentido do texto.

sobre contratos no Direito Administrativo, os elementos essenciais da matéria pertencem ao campo do Direito Comum⁴⁷⁸.

Como parte da normatividade que se aplica (também) a casos administrativos, a analogia utilizando dispositivos comuns é possível, uma vez que inexistente o problema do pertencimento. A dificuldade, contudo, reside em saber se a matéria é de fato de Direito Comum ou, por exemplo, de Direito Privado. A rigor, diante da unidade do ordenamento jurídico e da natural confluência dos diversos ramos do Direito, em determinados casos é difícil saber se a solução é dada pelo regime privado ou público, ou mesmo resultam de uma mistura dos dois regimes, o que torna a fronteira entre os regimes cinzenta⁴⁷⁹.

Neste sentido, o não reconhecimento de uma regra absoluta de proibição de analogia com o Direito Privado, para além de ser a decorrência natural do conceito de analogia e de norma jurídica, possibilita uma abertura interpretativa para que se verifique diante do caso se de fato não há uma semelhança que permita solução analógica, porque a existência de semelhança normativamente qualificada e de solução jurídico-administrativamente aceita, além de poder indicar a possibilidade de se tratar de matéria de Direito Comum, é, na verdade, o que importa para a solução analógica.

Com efeito, se é possível reconhecer que há um regime geral sobre crédito aplicável à Administração, já não será simples reconhecer que um caso de assunção de dívida privada seja semelhante a uma hipótese em Direito Público, o que, por exemplo, torna conflituoso o reconhecimento de que a Administração possa aceitar amplamente que a dívida de uma pessoa com a Administração possa ser assumida por terceiro, principalmente quando a categorização do devedor é legal. Ou seja, peculiaridades da

⁴⁷⁸ A respeito dos contratos como uma “categoria geral do Direito”, cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 12.

⁴⁷⁹ O exemplo da aplicação da Lei das Estatais brasileira (Lei n.º 13.303/2016) às empresas privadas demonstra o ponto. De acordo com o entendimento da CVM, as restrições de nomeação de dirigentes presentes na referida lei (artigo 17, § 2º) não se aplicam somente às estatais, mas também às “indicações realizadas por acionistas sujeitos à Lei das Estatais” (v. processo CVM n.º 19957.004466/2018-41). Ou seja, as restrições se aplicam às empresas privadas, mas que tenham algum membro de seu corpo indicado por empresa pública, sociedade de economia mista ou suas subsidiárias, em razão de as empresas estatais participarem minoritariamente da composição societária da empresa privada (ALEXANDRE ARAGÃO denomina tais empresas de público-privadas. Cf. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*, São Paulo, Forense, 2017, p. 435 e ss., em que trata de aspectos de seu regime jurídico). A restrição sobre quais membros podem ocupar empresas privadas prevista em lei que trata do jurídico-administrativo demonstra tanto que a construção analógica também se presta à aplicação do Direito Administrativo no Direito Privado (a administrativização do Direito Privado) quanto para evidenciar como às vezes a distinção entre os ramos do Direito é fluída e de difícil delimitação.

legalidade administrativa, notadamente sua natureza de norma que habilita a ação administrativa (legalidade como fundamento do agir), limita substancialmente a analogia entre casos de assunção de dívida privada e pública, o que comprova como é complexa a demarcação da área de atuação do Direito Comum e quando se está já em um campo em que o desenvolvimento da matéria deixou de ser Direito Comum e passou a integrar um dos ramos do Direito.

De toda forma, mais importante do que saber se a matéria é de Direito Comum ou Privado, é conhecer a metodologia analógica o ponto relevante para sua utilização em Direito Administrativo.

Por fim, é preciso analisar a utilização da analogia em situações nas quais há uma norma de remissão para aplicação subsidiária do Direito Privado. Havendo uma cláusula remissiva, o problema da pertença não se coloca ou diminui sobremaneira, visto que o próprio sistema demonstra sua intenção de trazer para o ordenamento administrativo aquele conjunto de normas. Neste caso, é o próprio sistema que demonstra a probabilidade de semelhança entre as hipóteses, já adiantando que o regime administrativo e privado são próximos.

A norma remissiva impõe, contudo, uma análise do texto para o qual se remete, uma vez que sua utilização deve respeitar a cláusula “no que couber”, ou seja, é preciso que a remissão não enseje a violação dos princípios fundamentais do Direito Administrativo e que a solução normativa se encaixe no sistema em que será recepcionada, o que solicitará já uma interpretação do dispositivo conforme o Direito Administrativo.

Mesmo que no comum dos casos a norma remissiva se encontre expressamente em lei, é possível que a remissão para a utilização do Direito Privado seja a decorrência de uma norma implícita, o que se verifica em inúmeros casos em que a Administração se vale de instrumentos privados, como ocorre, por exemplo, com as sociedades empresárias controladas pelo Estado. No mesmo sentido, a remissão pode decorrer de habilitação proveniente de outra fonte, particularmente de uma consuetudinária⁴⁸⁰.

É ainda necessário reforçar que, quando se fala que determinada norma é de um ramo do Direito, o que se tem é apenas sua previsão abstrata e tradicionalmente considerada; sua aplicação em caso administrativo já a qualifica como norma

⁴⁸⁰ Cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da boa fé...*, p. 120.

administrativa, porque é interpretada considerando os fundamentos e princípios basilares do Direito Administrativo.

Sendo assim, a analogia entre a solução de um caso jurídico-privado e um jurídico-administrativo tem a dificuldade de ultrapassar o pertencimento dos dispositivos de cada um dos ramos do Direito, o que, no entanto, não impede sua excepcional utilização⁴⁸¹, que é facilitada quando há uma regra de remissão entre os sistemas e quando se está na área transversal do Direito Comum. Em todos os casos, é preciso que haja o reconhecimento normativo de semelhança, pautada pelos princípios fundamentais de cada ramo, bem como a adequação da solução ao regime administrativo. Entretanto, se preenchidos tais pressupostos, a analogia dará vida a uma norma administrativa. Não se trata, pois, de aplicação do Direito Privado em Direito Administrativo, mas sim da publicização de norma que era classicamente tida como privada.

6.1.1.3.4– Analogia e descentralização político-administrativa

A descentralização político-administrativa institui um campo de competências legislativas próprias dos entes, maior no regime federalista brasileiro e menor no unitário parcialmente descentralizado português. A existência de tais competências legislativas institui (sub)ordenamentos específicos dentro da unidade do sistema jurídico. A existência de campos sobre os quais há autonomia para produção de fontes próprias impõe, como decorrência, o respeito deste espaço restrito ao exercício das competências descentralizadas⁴⁸². Em outros termos, a relação entre as fontes não é o de hierarquia e subordinação, mas o de competência, de espaços sobre os quais cada ente pode exercer sua competência.

A existência de espaços próprios dificulta sobremaneira a utilização de analogia quando se confronta um caso que envolva solução com base em legislação e descentralização, e outro que envolva legislação nacional, menos porque não se possa reconhecer semelhanças, mas especialmente em razão de a regra de autonomia da competência legislativa dificultar a adequação da solução analógica. Ou seja, a separação

⁴⁸¹ Admitindo a analogia com o Direito Privado, cf. PAULO OTERO, *Prefácio: os limites à analogia em Direito Administrativo...*, p. 14.

⁴⁸² Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso ..., v. I...*, p. 314-315.

imposta pela criação de espaços distintos de competência deve ser um limite considerado quando da verificação da possibilidade de utilização da analogia.

Não obstante, os espaços de competência não pairam solitariamente, mas convivem dentro de um sistema maior que unitariamente congrega a pluralidade de ordenamentos, o que lhes impõem sempre um grau de ligação, que se traduz numa abertura pela qual se estabelecem relações entre os ordenamentos. Sempre que se verifique a existência dessa abertura relacional, a solução analógica é uma possibilidade que se coloca.

O primeiro, mais evidente e comum âmbito relacional é o que decorre de previsão constitucional de competências que são exercidas de forma conjunta, que se inicia no ordenamento maior e se completa no menor⁴⁸³, ainda que mesmo neste cenário seja possível reconhecer competências próprias. Mesmo que nem sempre seja fácil reconhecer zonas fronteiriças entre as competências, como bem demonstra o sistema de competências de normas gerais da União no modelo brasileiro, há a possibilidade de utilização da analogia, porque não há violação do princípio da competência. A analogia, pois, se dá respeitando a competência do ente.

Ressalta-se que é possível que a relação decorra da existência de uma norma de remissão entre os ordenamentos, permitindo, em determinadas condições, a utilização de normas produzidas por outro ente. O ordenamento português tem um exemplo evidente dessa característica, que se manifesta pela cláusula supletiva em favor da legislação estadual⁴⁸⁴, de acordo com a qual ausente legislação das regiões autónomas são aplicáveis às normas estaduais em vigor⁴⁸⁵. Nesta hipótese, também não há o limite da competência para dificultar a solução analógica, porque é a própria regra de remissão que faz com que as normas externas sejam recepcionadas pelo ordenamento⁴⁸⁶.

Em que pese no comum dos casos a norma de remissão ter uma origem legislativa, é possível que sua fonte não seja legislativa, mormente tendo como procedência a fonte consuetudinária. O caso já citado da utilização irrestrita das leis sobre licitações e contratos administrativos pelos entes políticos no Brasil é um exemplo de remissão dos entes subnacionais para a legislação federal com base em fonte consuetudinária, haja vista que,

⁴⁸³ É o que ocorre, por exemplo, com a competência concorrente no Brasil e com a competência de desenvolvimento em Portugal.

⁴⁸⁴ Cf. PAULO OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo...*, v. II..., p. 765 e ss.

⁴⁸⁵ V. artigo 228º, n.º 2 da CRP.

⁴⁸⁶ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, v. II..., p. 686.

de acordo com o desenho constitucional, a União só teria competência para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos.

Questão mais complexa é a de saber se em alguma hipótese é possível que a analogia ultrapasse a regra de competência sem que haja uma autorização normativa do sistema, principalmente no modelo brasileiro que não tem uma cláusula supletiva ampla. O tema já foi tratado por ocasião da investigação de lacunas na regra de competência em descentralização política, em que se concluiu que, apesar de a regra de competência ser extremamente resistente, é possível de forma excepcionalíssima seu afastamento como decorrência de outros valores constitucionais. Neste sentido, é preciso lembrar que mesmo a competência legislativa central é excepcionável, seja pela existência de outras fontes do Direito, mesmo sem previsão constitucional expressa, seja em razão do reconhecimento do estado de necessidade, que habilita uma atuação em que se afasta da competência legislativa expressa.

Todavia, o afastamento da regra de competência não enseja necessariamente a permissão de utilização da solução de caso de outro ente. Ainda é preciso que a metodologia analógica permita tanto e, mesmo que seja possível reconhecer a semelhança entre os casos, há o problema da solução analógica ser admissível pelo ordenamento que a recebe, isto é, tem-se de verificar se o sistema admite a extensão da solução.

Com efeito, diante da existência de uma necessária unidade dentro do Direito que flui inexoravelmente do ente central para os demais, os entes subnacionais podem utilizar como parâmetro soluções dos casos nacionais, porque há uma relação baseada na unidade⁴⁸⁷. Contudo, o contrário já não é verdadeiro, porque haveria uma inversão do fluxo conformador exercido pelo ente central.

Não se está considerando a existência de um princípio de hierarquia, mas o reconhecimento de que a unidade tem como efeito a natural influência normativa do ente central que estabelece um vínculo relacional entre os ordenamentos com fluxo partindo do centro para as pontas. Mesmo no modelo federativo brasileiro, a União detém uma forte influência normativa, pautada pelo princípio da preponderância do interesse, que provém da amplitude de suas competências, privativas ou concorrentes, o que caracteriza o

⁴⁸⁷ Neste sentido, Jorge Miranda afirma que há uma “supremacia, em maior ou menor grau, da legislação decretada pelos órgãos do Estado central (federal ou unitário regional)”. Cf. JORGE MIRANDA, *Curso...*, v. 2..., p. 214.

federalismo brasileiro como altamente centralizado. De outro lado, como já ressaltado, a hipótese envolve situação por demais peculiar que não corresponde ao cotidiano e que somente ocorre em situações-limite.

No Brasil, há um exemplo que bem suscita o ponto e evolui a aplicação da lei de processo administrativo federal (Lei n.º 9.784/1999), expressamente aplicável apenas aos entes que compõem a administração da União. Como a ampla maioria dos entes da federação não possui legislação sobre o tema e como tal lei é o mais próximo de um código de Direito Administrativo que se tem no Brasil, sua aplicação começou a demonstrar como casos semelhantes tinham tratamento diverso. Enquanto os casos federais tinham um resultado com maior grau de proteção dos direitos dos administrados, os casos dos demais entes ficavam desguarnecidos⁴⁸⁸. A questão da existência de prazo para o exercício da autotutela administrativa é uma das que encontrava maior disparidade de soluções, o que levou o STJ a considerar a lei de processo federal aplicável aos demais entes quando estes não possuíam legislação própria⁴⁸⁹. Embora o tema seja conflituoso, a necessidade de determinação de uma posição de maior segurança ensejou o afastamento da competência dos entes subnacionais em prol de outros valores constitucionais. Como o exemplo bem comprova, tais hipóteses são sempre complexas e tendencialmente conflituosas, mas ilustram a possibilidade de utilização da analogia mesmo ultrapassando a regra de competência dentro da descentralização política, em especial quando a regra de competência é afastada diante de outros valores constitucionais.

Por sua vez, a possibilidade de utilização analógica de soluções baseadas em casos de outros entes subnacionais ou do ente subnacional para o ente central sofre, além da barreira da competência, o contrafluxo da unidade do ordenamento. Assim, ainda que a vida seja por demais inventiva e teime em desconstruir verdades, não se vislumbra possibilidade de aceitação do ordenamento receptor da solução analógica de caso de outro

⁴⁸⁸ A influência da legislação federal é tamanha que o Distrito Federal editou a Lei n.º 2.834/2001 que simplesmente remete à aplicação integral da legislação federal. Seu único artigo “de mérito” aduz que: art. 1º – Aplicam-se aos atos e processos administrativos no âmbito da Administração direta e indireta do Distrito Federal, no que couber, as disposições da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

⁴⁸⁹ Com efeito, é ilustrativa a seguinte passagem da ementa do Recurso Especial n.º 852.493: “ausente lei local específica, a Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros, tendo em vista que se trata de norma que deve nortear toda a Administração Pública, servindo de diretriz aos seus demais órgãos”. Ainda que possa ser possível aplicar certos pontos por analogia, a aplicação irrestrita da lei de processo administrativo federal de forma subsidiária aos demais entes da federação afronta sobremaneira suas competências.

ente subnacional, porque falta um mínimo de relação entre os sistemas que permita sua interação analógica.

Em suma, a questão da analogia na descentralização política tem de considerar o limite estabelecido pela competência decorrente da autonomia política dos entes, que, ainda assim, pode ser excepcionalmente afastada quando há entre os entes o exercício conjunto da competência, quando há uma norma de remissão (mesmo que implícita ou de origem consuetudinária) ou quando a regra de competência é afastada por um princípio constitucional; hipótese restrita de utilização pelos ordenamentos subnacionais de soluções nacionais, fundada que é no princípio da unidade.

6.1.1.3.5 – Analogia e subordinação normativa

Como já visto em relação ao critério do pertencimento e da competência que decorre da autonomia política, a utilização da analogia deve considerar a forma como as diversas normas interagem dentro do sistema jurídico, de modo que resta analisar seu manejo diante da subordinação normativa.

O que se designou de subordinação normativa é a especial vinculação que determinadas normas possuem na distribuição hierárquica de normas, de acordo com a qual a norma inferior se subordina à superior⁴⁹⁰.

Tal característica faz com que haja na interpretação uma especial vinculação com a normatividade que se encontra a montante do ato normativo. A posição superior da Constituição espraia seu efeito normativo por todo o ordenamento, como o método da interpretação conforme a Constituição demonstra, mas, para os efeitos da análise que se faz, é especialmente interessante a relação dos atos infralegais com as respectivas leis.

Neste sentido, quando a Administração produz um ato normativo este é subordinado à lei que o habilita. Essa proximidade faz com que seja provável que uma lacuna em ato da Administração possa ser resolvida por meio da analogia com caso semelhante solucionado à luz da normatividade a que o ato se encontre subordinado.

⁴⁹⁰ Neste sentido, tratando especialmente desta perspectiva sob o prisma do regulamento, cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos...*, p. 377.

Na verdade, a subordinação já é um indicativo tanto de semelhança dos possíveis casos quanto da possibilidade de que a solução analógica seja juridicamente adequada, porque, se a norma hierarquicamente superior admite aquela solução, é pouco provável que a norma inferior também não o faça.

Se é certo que a subordinação aponta para um claro indicativo de preferência analógica, não é possível afirmar que esta será uma solução admissível para todos os casos, uma vez que é factível que a solução ocorra por recurso a casos resolvidos por outras fontes que, apesar de aparentemente mais distantes, demonstram metodologicamente que sua solução analógica é a adequada, porque é normativamente semelhante e em razão de oferecer solução que se amolda ao ordenamento jurídico-administrativo em que se situa a lacuna.

6.1.1.3.6 – Analogia em normas de competência administrativa

Como já se analisou, quando da investigação das lacunas em regras de competência administrativa (v. tópico 4.3), a regra de competência não vigora sob um princípio de rigidez que impeça o reconhecimento de competências não expressamente previstas, como bem atestam as competências implícitas, reconhecidas por meio da teoria dos poderes implícitos, e as que advêm do estado de necessidade, o que se aplica indistintamente também às competências discricionárias.

Não há, pelo mesmo motivo, vedação à utilização da analogia em regras de competência, mesmo nas discricionárias. Na prática, o reconhecimento de competência por analogia nada mais é do que a extração do adequado sentido da norma.

Suponha-se que uma lei disponha sobre a segurança no trânsito de motocicletas. De acordo com esta lei, o órgão “x” é o competente para a fiscalização das regras de trânsito e para a realização de políticas com o intuito de diminuir os acidentes; a primeira uma competência vinculada e a segunda discricionária. Caso se considere que uma bicicleta elétrica que desenvolva velocidades superiores a 100 km/h é, para os fins da lei, semelhante a uma motocicleta, porque o perigo que o novo veículo traz ao trânsito é semelhante ao das motocicletas, e a intenção normativa era a de desestimular condutas perigosas no trânsito, há uma semelhança normativa e o sistema permite a solução

analogica pretendida. Neste exemplo, a evolução tecnológica ensejou a necessidade de alteração do sentido tradicional do texto, que passou a abarcar também o novo veículo, conferindo competência ao órgão para que atue na fiscalização (competência vinculada) e promoção de políticas de segurança do novo veículo (competência discricionária).

Em regras de competência, a analogia atua de forma metodologicamente tradicional. É a partir da verificação normativa de semelhança entre casos e a possibilidade jurídica de adoção da solução do caso-foro que é ditada sua utilização. A restrição à utilização de analogia em regras de competência é construída a partir da noção de tipicidade fechada, já extensamente combatida.

6.1.2 – Analogia nas fontes e solução de lacunas entre fontes

O método analógico é utilizado indistintamente em todas as fontes. Como já se disse, a analogia é um modelo elementar de interpretação jurídica e da aquisição de conhecimento em geral. Entretanto, há uma aparente diferença entre a analogia em fontes que se apresentam na forma de normas escritas e as que não se apresentam como um corpo normativo escrito que é preciso analisar.

As fontes que se exteriorizam na forma de corpos normativos escritos, paradigmaticamente a lei, são tendencialmente interpretadas como se o sentido gramatical do texto fosse sua expressão normativa. Há, assim, uma visão imbricada restritivamente à palavra, como se seu significado fosse necessariamente o sentido da norma. Contudo, como já muito repetido, o papel fundamental desempenhado pelo caso a ser solucionado, a distinção entre texto e norma, o caráter mutável e histórico da atribuição de sentido ao texto e sua natureza axiológica desconstroem essa noção gramatical de norma para dar lugar a uma axiológica e, por isso, fortemente analógica de expressão normativa. As fontes escritas, como todas as demais, exprimem ideias, valores normativos a serem concretizados.

Por sua vez, as fontes não organizadas em um corpo legal escrito não sofrem da barreira textual que enviesam a leitura das leis. Como tais fontes demonstram de forma mais evidente sua natureza valorativa, de ideia a ser implementada, porque não há a

palavra para construir pretensos muros, a utilização da analogia é uma clara necessidade para delimitar a concretização normativa.

Por exemplo, na fonte jurisdicional, a aplicação do precedente passa pela verificação de se a *ratio decidendi* do caso precedente se aplica ao novo caso e a analogia é um instrumento metodológico utilizado para verificar semelhanças entre os casos e sua adequação com as razões do precedente, a fim de verificar a aplicação ao novo caso. Desta forma, a distinção entre o que é “*holding*” e o que é “*dicta*” do precedente, ou seja, qual a parte vinculante do precedente, não é feita pelo próprio precedente de forma antecipada, outrossim pela depuração que é feita pela comparação entre a solução do precedente e de novos casos⁴⁹¹.

Neste sentido, a comparação entre a solução do *leading case* e o novo caso utiliza o método analógico, o que no tempo possibilita a delimitação da parte vinculante do precedente⁴⁹². Reforça este argumento o fato de que um modo tradicional de não aplicação do precedente é o manejo do *distinguishing*⁴⁹³, pelo qual se busca demonstrar que as premissas do precedente não se encaixam no caso analisado, hipótese em que a ausência de semelhança afasta a analogia.

Essa mesma lógica vale, com as devidas adaptações, para todas as fontes que não se manifestam em um corpo legal escrito. Assim, a analogia é um método de obtenção do sentido normativo aplicável a todas as fontes do Direito.

A natureza plural das fontes do Direito faz com que diversas fontes convivam dentro do sistema, o que solicita interpretação que permita a coerência entre as disposições para que haja unidade no Direito.

Neste sentido, a existência de lacuna em uma fonte pode ser solucionada pelo recurso à analogia na mesma fonte ou em outra em razão da natureza unitária do Direito. Logo, a interpretação analógica não é limitada de modo absoluto pela origem da fonte em

⁴⁹¹ Sobre o ponto, cf. CASS R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning...*, p. 71.

⁴⁹² Cf. PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO, *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 121-122, em que afirma que: “a definição do *holding* em tais hipóteses dependerá da compreensão dos fundamentos do julgado e, talvez, da decisão de casos futuros e conexos ao precedente, que auxiliarão, paulatinamente, a determinação de seu teor normativo, na medida em que esclarecerão melhor o standard utilizado para decidir, quando este fator for confrontado com novas situações.”

⁴⁹³ Cf. PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO, *Precedentes...*, p. 202 e ss.

que se encontra a lacuna, mas apenas pela própria metodologia analógica e pelos limites normativos.

A inexistência absoluta de limitação pela origem da fonte não significa que toda e qualquer fonte possa ser utilizada sempre para solucionar uma lacuna. Como já demonstrado, existem limites normativos que condicionam a utilização da analogia, como, por exemplo, a autonomia política e o pertencimento da fonte a outro ramo do Direito ou a especial hierarquia ou subordinação a que determinadas fontes se submetem.

Então, é possível, por exemplo, que uma lacuna na lei seja resolvida por analogia a casos solucionados por normas originárias da fonte internacional ou eurocomunitária, desde que tanto seja metodologicamente adequado à solução analógica do caso.

A questão de quais fontes podem ser utilizadas são, assim, um problema metodológico concreto, especialmente relacionado a fatores normativos que delimitam o âmbito de abrangência da norma.

6.2 – Princípios jurídicos fundamentais

Ao lado da analogia como método de integração de lacunas, encontram-se os princípios jurídicos fundamentais, entendidos como aqueles que se conectam diretamente com os valores básicos que estruturam o Direito e, portanto, com a normatividade fundacional que provém diretamente da comunidade. Isso significa que o caráter aberto do Direito e sua natureza problemática histórica podem indicar a insuficiência do sistema positivo para a adequada realização do Direito quando confrontado com elementares valores sociais de validade, que, entretanto, já indicam a possibilidade de uma constituição normativa independente fundada nestes mesmos valores⁴⁹⁴.

A constituição normativa de que se trata é, como se verifica, próxima aos fundamentos das fontes do Direito, o que permite uma remissão especialmente às

⁴⁹⁴ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...*, p. 277 e ss.

características de fundamentação e validade das fontes do Direito as quais já foram tratadas oportunamente no capítulo designado “As outras fontes do Direito”⁴⁹⁵.

Ainda que se pudesse falar de princípios gerais de Direito como tais princípios fundamentais, o que remete a uma tradicional forma de solução de lacunas⁴⁹⁶⁻⁴⁹⁷, não é neste sentido mais amplo que os princípios gerais de Direito são tradicionalmente mencionados, particularmente porque a categoria remonta a um momento em que sequer os princípios eram reconhecidos como normas jurídicas efetivas ou, ao menos, não com a amplitude que hoje já é admitida⁴⁹⁸.

O que de fato compõe os elementos de base da juridicidade são aqueles princípios fundamentais que apoiam a estrutura jurídica, os valores essenciais da comunidade que permeiam todo o Direito e que, antes, são o fundamento de validade da juridicidade: princípios como de justiça, segurança jurídica, proteção da boa-fé, igualdade, proibição do arbítrio, não retroação de leis incriminadoras, da igual dignidade, que são, entre outros, o núcleo básico axiológico que suportam a estrutura do Estado de Direito democrático⁴⁹⁹. São, portanto, princípios que perpassam toda a ordem normativa, que não são exclusivos deste ou daquele ramo do Direito e que, para além de funcionarem já como princípios que compõem a ordem objetiva, também são fundamento de validade para a autônoma constituição de uma nova normatividade.

Mesmo que se possa reconhecer um grau de maleabilidade nos princípios em geral, em razão de possuírem um alto nível de juízo valorativo, o que poderia atribuir a todo e qualquer princípio a natureza integrativa, a distinção entre os princípios ordinários e os que fundamentam a ordem jurídica é que estes gozam exatamente da qualidade fundacional, sendo possível reconhecer sua utilização como já um modo de autônoma constituição normativa – caracterizado pela ligação direta entre a criação normativa e os elementos de fundacionais do Direito –, ao passo que os demais princípios já são a normatividade

⁴⁹⁵ Tamanha sua proximidade com as fontes do Direito, que Afonso Queiró os qualifica diretamente como fontes do Direito Administrativo. Cf. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições...*, p. 291.

⁴⁹⁶ V. artigo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

⁴⁹⁷ Neste sentido, afirmando a importância dos princípios gerais no Direito Administrativo, especialmente no seu momento inicial de vida em que não havia uma produção normativa concreta, cf. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, v. I..., p. 164-165.

⁴⁹⁸ Para uma perspectiva ampla da doutrina sobre princípios gerais de Direito, cf. MARIA HELENA DINIZ, *As lacunas...*, p. 215 e ss.

⁴⁹⁹ Cf. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições...*, p. 294.

positivada e, assim, sua utilização já não se encontra dentro de uma insuficiência do Direito positivo⁵⁰⁰. A distinção, todavia, não precisa ser levada “a ferro e fogo”. Uma vez que os princípios não fundacionais, acabam tendo uma ligação com os fundacionais e sua utilização pode apenas ser um caminho imediato para satisfação daqueles, porque mais importante do que saber se há uma verdadeira lacuna é metodologicamente realizar uma adequada concretização normativa. O relevante neste ponto é compreender que a solução de lacunas pode decorrer diretamente dos princípios fundamentais do Direito.

Também pode ser incluída nesta categoria o que Castanheira Neves designou de consciência jurídica geral, na qualidade de “espírito comum” de uma comunidade, que corporificam os valores sociais sobre o que é justo ou injusto, direito ou torto, e que “constituem a sua unidade integrante, a individualizam no seu sentido histórico-espiritual e a orientam na sua intenção comunitária”⁵⁰¹.

A consciência jurídica geral é, assim, a base de valor comum de uma comunidade, o resumo normativo de sua consciência, que estabelece um grau comum axiológico que é o elemento aglutinador social que dá o primeiro sentido ao o que é o Direito, permitindo, desta forma, a construção do edifício jurídico ou, ao menos, de suas fundações mínimas⁵⁰².

Os elementos fundacionais de juridicidade são a origem de importantes institutos do Direito Administrativo e, neste proceder, o papel desempenhado pela jurisprudência é essencial, porque corporifica e exterioriza tais valores comunitários que representa. A jurisprudência é, assim, um importante canal de concretização de tais valores, porque lida com problemas que só podem ser adequadamente solucionados se respeitados os elementos fundacionais de juridicidade, o que requer a construção de institutos que permitam a evolução do Direito, a fim de respeitar os anseios axiológico-jurídico-comunitários.

O Direito Administrativo, diante de seu nascimento fortemente jurisprudencial e capturado pelo Estado, não como forma de garantia dos indivíduos contra os potenciais abusos do poder, mas como fuga do Estado ao controle, decorrente da heterodoxa leitura do princípio da separação de poderes, bebeu largamente nesta fonte para construção de

⁵⁰⁰ Em sentido semelhante, cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito...*, p. 599, em que afirma que tais princípios diferenciam-se dos demais em razão de “seu conteúdo material de justiça”, o que lhes confere a qualidade de serem “manifestações e especificações especiais da ideia de Direito”.

⁵⁰¹ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...*, p. 280.

⁵⁰² Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 412 e ss.

importantes figuras que compõem os manuais dos países que se inspiraram no modelo francês⁵⁰³.

Com efeito, foi exatamente em razão dos princípios jurídicos fundamentais que lacunas foram verificadas e solucionadas no Direito Administrativo, haja vista que a legalidade estabelecida não respondia adequadamente às intenções básicas do Direito. Neste sentido, princípios e teorias clássicas como a do desvio de poder, estado de necessidade, inexistência e poderes implícitos são alguns exemplos de como, mediadas pelos princípios fundamentais, lacunas são solucionadas em Direito Administrativo.

De início, é preciso observar que todas essas teorias se afastam de uma concepção eminentemente formalista do Direito em prol do atingimento dos valores subjacentes ao ordenamento. A rigor, tais teorias surgem exatamente como uma forma de combater uma compreensão restrita e fechada do ordenamento e que, por isso, não conduziam a resultados juridicamente adequados.

Por serem os princípios fundamentais demasiadamente amplos, as figuras administrativas que surgem de sua concretização são o modo de estabelecer um regime jurídico com *standards* para incidência específica dos elementos de base fundacionais da juridicidade sobre determinado campo do Direito Administrativo.

Assim, a verificação de que em casos excepcionais a incidência da legalidade ordinária gera solução que contraria os valores mais básicos do Direito (de justiça), o que certamente não pode ser tido como uma aplicação adequada da noção de lei (lei como o fundamentalmente injusto), ensejou a necessidade de construção de um instrumento que permita manter tanto a higidez da legalidade ordinária quanto ser uma válvula de escape para os casos em que sua incidência seria contrária ao Direito, arcabouço que fundamenta a construção do estado de necessidade administrativa.

No mesmo sentido, a concepção fundamental de universalidade do Direito impõe uma tendencialmente igualitária e coerente aplicação do Direito, o que estabelece tanto a necessidade de tratamento semelhante de hipóteses semelhantes quanto uma proporcional distinção de casos díspares. Tais valores conduzem ao reconhecimento da inexistência

⁵⁰³ Tratando do mesmo tema na perspectiva civil e citando a “doutrina do abuso do direito, da caducidade, da queda da base do negócio, do dever de fidelidade do sócio, do dever de assistência na relação laboral, dos deveres de proteção e da responsabilidade por *culpa in contraindo*” como originárias do desenvolvimento do Direito a partir de um “princípio ético jurídico”, cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito...*, p. 600.

jurídica ou de nulidades por natureza porque o Direito seria incoerente e absolutamente desproporcional se diante de graves ilegalidades fosse aplicada a regra geral do regime de invalidades (atos anuláveis). A necessidade de um mínimo de proporcionalidade no regime das invalidades, para que haja coerência no Direito, determina que casos graves tenham um regime semelhante, o que fundamenta o reconhecimento da inexistência jurídica e de nulidades por natureza no Direito Administrativo.

A coerência é também o fundamento para o reconhecimento da teoria dos poderes implícitos, uma vez que se o sistema intenciona o atingimento de determinado fim deve autorizar também os meios para seu adimplemento. A concepção de que finalidades atribuídas a determinado ente não podem ser realizadas porque os meios não lhe foram conferidos é uma leitura que insere grave contradição no sistema jurídico e, por isso, é repelida pela teoria dos poderes implícitos.

Esses exemplos são apenas alguns que demonstram como a normatividade jurídico-administrativa é oxigenada pelos princípios jurídicos fundamentais, que dão concretude a instrumentos que são verdadeiras cláusulas gerais integrativas do Direito Administrativo.

Uma vez mais, é importante salientar o papel central desenvolvido pela jurisprudência no desenvolvimento do Direito com base nos princípios jurídicos fundamentais, porque na qualidade de reflexo social que corporifica os valores da comunidade de forma qualificada pelo conhecimento técnico jurídico e a convivência com casos que demonstram a necessidade de uma nova abordagem do Direito positivo, a jurisprudência é o canal natural de exteriorização de um novo sentido do Direito positivo⁵⁰⁴.

Os princípios jurídicos fundamentais são, assim, ao lado da analogia, um modo de verificação e solução de lacunas que se socorre diretamente dos elementos axiológicos fundacionais do Direito para permitir o desenvolvimento do Direito positivo.

6.3 – O intérprete como legislador

⁵⁰⁴ Vale aqui a menção de que não há Direito “cujo conteúdo é condenado e tido como injusto pela *communis opinio* dos juristas”, RUY DE ALBUQUERQUE, *Direito de juristas...*, p. 798.

Por fim, há que se analisar a previsão do artigo 10.º, n.º 3, do CC português, que estabelece que “na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”⁵⁰⁵.

Uma primeira leitura do dispositivo pode indicar que o intérprete tem, diante de uma lacuna, a liberdade para criação da norma que lhe pareça conveniente. Esta leitura, contudo, contraria o próprio dispositivo que limita a atuação do intérprete que deve respeitar “o espírito do sistema”⁵⁰⁶.

Então, respeitado o “espírito do sistema”, haveria liberdade para o intérprete criar a norma que lhe pareça mais conveniente, tal como possui o Parlamento?⁵⁰⁷ A resposta também há de ser negativa, porque o intérprete não goza de liberdade para a escolha dos valores que conduzem a sociedade. Esta é uma prerrogativa das fontes do Direito, ou seja, dos modos pelos quais a comunidade reconhece como legítimos produtores de normatividade vinculante. Neste sentido e considerando a proeminência da fonte legislativa, pode-se dizer, também, que o dispositivo viola o princípio da separação dos poderes e a regra de competência legislativa.

O sentido possível do texto não é, por conseguinte, o de uma discricionariedade do intérprete, característica já afastada como integrante do processo hermenêutico. Contudo, alguns elementos do dispositivo permitem a atribuição de um sentido juridicamente adequado.

O primeiro tem a ver com o reconhecimento da natureza criativa da interpretação (“a norma que o próprio intérprete criaria”). Assim, o sentido possível deste trecho é o de reconhecer a natureza criativa da interpretação em geral e em maior grau da interpretação diante de uma lacuna, o que, certamente, como já demonstrado, não confere liberdade/discricionariedade ao intérprete, limitado que é pelo caso e pelo sistema.

O segundo ponto diz respeito à necessidade de “legislar dentro do espírito do sistema”, o que convoca, por sua vez, outras duas questões. A primeira é que a necessidade

⁵⁰⁵ Próxima desta concepção, é a solução por meio da equidade, de modo que as críticas feitas neste tópico se aplicam inteiramente à solução por equidade.

⁵⁰⁶ Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução...*, p. 264.

⁵⁰⁷ Aparentemente respondendo de forma positiva à indagação, se bem que afirmando que o intérprete deve considerar as regras e os princípios do ordenamento para criar uma norma a partir da ponderação destes elementos normativos, o que diminui sobremaneira a discricionariedade interpretativa, cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e SOFIA GALVÃO, *Introdução...*, p. 86.

de respeito do espírito do sistema conduz aos princípios da unidade e universalização do Direito, de modo que a interpretação deve ser feita a fim de permitir que o sistema mantenha sua coerência interna e que a decisão seja reconduzível para casos semelhantes⁵⁰⁸.

Assim, a atuação dentro do espírito do sistema deve ser entendida como a necessidade de generalização da solução para outros casos, a impedir interpretação que não seja extensível e que, desta forma, viole um valor básico do Direito, que é o do tratamento semelhante de casos semelhantes⁵⁰⁹.

Por fim, o dispositivo pode igualmente ser entendido como o recurso aos princípios jurídicos fundamentais de que se tratou no tópico anterior. A ideia de criação da norma pelo intérprete e de legislar dentro do espírito do sistema pode ser compreendida como a utilização dos elementos mais básicos de juridicidade que fundamentam as fontes do Direito e que, por isso, estão próximos delas, o que se encaixa tanto na perspectiva de “criação da norma” – associada que está dos fundamentos normativos – e de “espírito do sistema” – uma vez que os princípios jurídicos fundamentais são exatamente a base de construção do ordenamento jurídico.

Em suma, o dispositivo em questão e a ideia do intérprete como legislador não podem ser entendidos como a concessão de discricionariedade legislativa ao intérprete, medida que seria contrária ao Direito, especialmente no que concerne à fonte legislativa, violadora da Constituição, do princípio da separação de poderes e da competência legislativa. O significado possível do texto é o que reconhece, diante de uma lacuna, o dever de universalização da interpretação e de utilização dos princípios jurídicos fundamentais.

6.4 – Conclusões parciais

A solução de lacunas em Direito Administrativo é feita utilizando a analogia ou os princípios jurídicos fundamentais.

⁵⁰⁸ Cf. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições...*, p. 968.

⁵⁰⁹ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...*, p. 286.

A analogia é meio pelo qual se obtém o adequado sentido normativo, mesmo que seja necessário ultrapassar o sentido tradicional ou gramatical do texto, como decorrência do fundamental princípio da universalidade, pelo qual casos semelhantes devem ter o mesmo tratamento jurídico. A analogia funciona comparando casos e verificando se a solução de um caso pode ser estendida a outro, o que requer uma normativa semelhança entre os casos – a identificação de semelhança é governada pela intencionalidade normativa que se extrai do sistema jurídico – e a adequação da solução à juridicidade que se pretenda estender ao novo caso.

A analogia deve, assim, observar as limitações impostas pelo Direito. A primeira delas é exatamente utilizar a racionalidade jurídica em sua metodologia. Na qualidade de elemento interpretativo, a analogia precisa respeitar o modelo de funcionamento do Direito, o que impede, por exemplo, a utilização de normas religiosas ou que sua utilização em Direito Administrativo parta da premissa de uma legalidade nos moldes da privada.

A analogia deve observar também o limite democrático, uma vez que sua utilização deve ser feita considerando os valores presentes no sistema, sem, com isso, introduzir novos dados de valor nele, que devem ser alimentados pelas fontes do Direito. Deste modo, a utilização da analogia não pode invadir o espaço resguardado aos fóruns de tomadas de decisões fundamentais da sociedade.

Tem-se negado a analogia em normas taxativas e excepcionais ao argumento de que criam um campo lógico fechado. Contudo, diante da natureza aberta do texto e da possibilidade de atribuição de significado que ultrapasse seu sentido gramatical, aliado ao fato de que a analogia pode ser o meio pelo qual se respeita exatamente a ideia existente na norma taxativa ou excepcional, deve ser admitida a analogia em tais hipóteses, desde que efetivamente considere a finalidade presente no sistema taxativo ou excepcional.

No mesmo sentido, de maneira ampla a analogia é considerada descabida quando diante de normas instituidoras de sanção, ao argumento de que violam a segurança e previsibilidade ínsita à proteção do bem jurídico protegido por ela. Entretanto, a utilização da analogia não precisa vulnerar a característica da previsibilidade, uma vez que a alteração de sentido do texto pode advir de um novo contexto histórico, conjuntura histórica da qual participa o agente, o que lhe garante o conhecimento do novo sentido do ilícito. Ainda, a previsibilidade não tem de estar ligada ao sentido gramatical do texto, porque o indivíduo médio, moralmente responsável, não conhece a redação dos textos

sancionadores, mas tem noção do sentido da reprovabilidade da conduta, de modo que a previsibilidade pode ser respeitada também quando diante do sentido axiológico contido na norma sancionadora. Assim, a analogia há de ser admitida em normas sancionadoras desde que mantenha o respeito à garantia de previsibilidade da norma penal.

A utilização da analogia com casos solucionados com normas tradicionalmente consideradas de outro ramo do Direito, especialmente as do Direito Privado, esbarra no problema do pertencimento, que, todavia, é atenuado quando há uma norma remissiva. Sobretudo considerando o Direito Privado, há também que se verificar se a norma não pertence ao Direito Comum, que se aplica indistintamente a qualquer ramo do Direito. Ainda, o fato de um dispositivo ser tradicionalmente entendido como de Direito Privado não significa que a alteração de contexto não possibilite uma reconfiguração do dispositivo que o habilite a incidir em relações administrativas. Em qualquer dessas hipóteses, a analogia se mostra potencialmente viável, uma vez superada a barreira do pertencimento.

Na descentralização político-administrativa, há espaços de competências próprias dos entes que devem ser considerados no momento da interpretação. Mesmo que a regra de competência estabeleça um limite, a analogia é uma possibilidade sempre que houver um vínculo comunicativo entre os ordenamentos, o que se verifica quando há uma regra que habilite a vigência de norma de um ente em outro, quando existem competências exercidas em conjunto (por exemplo, de forma concorrente) ou quando a analogia provenha de uma leitura a partir da noção de unidade do ordenamento. A analogia é também possível em normas de competência administrativa, que não vigoram sob uma regra de rigidez.

O que se verifica é que, então, a analogia é potencialmente utilizável em qualquer campo do Direito Administrativo. Ainda que existam limites normativos a serem observados, tais limites precisam ser considerados diante do caso, e não como um modelo preestabelecido. Desta forma, a analogia se aplica a qualquer fonte e, mesmo entre elas, uma vez que não há uma vedação de interação entre as fontes, quando muito há que se observar características normativas como a subordinação e hierarquia, por exemplo.

Outro elemento de solução de lacunas são os princípios jurídicos fundamentais, que são os elementos comunitários mais básicos de validade normativa, que se ligam aos fundamentos do próprio Direito. Esses princípios fundamentais permitem a solução de lacunas diretamente com a fonte do Direito e, por isso, são pré-positividade. A partir deles, é que categorias tradicionais do Direito Administrativo foram construídas como, por

exemplo, o estado de necessidade, a teoria do desvio de poder, a teoria dos poderes implícitos e a inexistência.

Por fim, há de se afastar a “atuação do intérprete como legislador” como um método de solução de lacunas se entendido como a possibilidade de um livre agir criativo para a solução de lacunas. O sentido possível do dispositivo é aquele que impõe um dever de universalização de acordo com o qual as soluções devem ser extensíveis para casos semelhantes e/ou que nele reconhece a habilitação para os princípios jurídicos fundamentais.

CAPÍTULO 2

7 – ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO DIANTE DE UMA LACUNA

Depois de verificada a interação do conceito de lacunas com variados aspectos do Direito Administrativo e os métodos de sua solução, resta investigar quais são as possibilidades e consequências que a Administração enfrenta quando diante de uma lacuna.

Entretanto, não serão analisadas as consequências externas à Administração de seu agir diante de uma lacuna, de modo que questões relativas à atuação do Poder Judiciário ou do Tribunal de Contas, por exemplo, não serão objeto de investigação, em particular porque, depois de verificada a natureza da atuação administrativa, ficarão indicados os pressupostos que habilitam a utilização dos diversos instrumentos pelos quais tais órgãos controlam a Administração.

A Administração tem uma peculiaridade diante das lacunas que a distingue dos intérpretes em geral, uma vez que ela pode se deparar com uma lacuna em fonte própria. Tal característica impõe que se investigue a dúplice posição em que se encontra a Administração: a primeira, que diz respeito ao agir diante de um caso concreto de lacuna; a segunda, que trata especificamente de lacunas em abstrato na fonte que tem origem na Administração.

Ainda, é preciso analisar se a Administração pode se valer de seu poder regulamentar para solucionar lacunas em geral e quais as consequências da incorreta solução de uma lacuna.

7.1 – Pode uma lacuna paralisar a Administração?

Depois de verificada uma lacuna, há de se investigar se a Administração pode solucionar autonomamente a questão diante de um caso concreto, o que requer, todavia, uma breve análise das faculdades sobre o agir administrativo.

A questão que se coloca de forma preliminar é, então, se a Administração tem a faculdade de escolher se deve ou não decidir determinado caso, se pode aguardar para

tomar determinada decisão ou se a inércia é uma prerrogativa administrativa diante de uma lacuna.

Como uma decorrência natural do direito de petição que os indivíduos têm para ver resguardados seu direito ou interesse, a Administração tem o dever de decidir o caso objeto do requerimento e responder ao indivíduo que o solicitou⁵¹⁰. Há, assim, um dever de se pronunciar sobre os pleitos que se encontrem perante a Administração.

O dever de decidir tem como fundamento a necessidade de a Administração interagir respeitosamente com quem dialoga consigo⁵¹¹, porque, como afirma Paulo Otero, esta relação se estabelece com “cidadãos e não súditos”⁵¹². A pronúncia é, assim, a decorrência da concepção de um Estado a serviço dos indivíduos, e não o contrário, de modo que o silêncio não é uma prerrogativa administrativa.

Respeitado o prazo legal para manifestação administrativa, a regra presente no dever de decidir⁵¹³ envolve apenas a obrigação de se pronunciar sobre o requerimento e, portanto, não compreende qualquer juízo sobre o conteúdo da manifestação, que pode traduzir uma resposta positiva ou negativa em relação à substância da pretensão, ou se limitar a aspectos formais do requerimento⁵¹⁴.

O dever de decidir se aplica mesmo para a hipótese de atos discricionários, em que a Administração deve responder ao requerimento, ainda que seja para afirmar que naquele caso o tempo da prática do ato, a conveniência sobre qual momento o ato será praticado, é um elemento discricionário, o que, desta forma, resulta em resposta sobre a inoportunidade de sua prática⁵¹⁵.

⁵¹⁰ V. artigo 52.º, n.º 1 da CRP; artigo 13.º do CPA; artigo 5º, XXXIV, alínea a da CRB; e artigo 48 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei n.º 9.784).

⁵¹¹ Trata-se, assim, de “um modelo de Administração Pública baseado numa postura de diálogo e cooperação decisória”. Cf. PAULO OTERO, *Manual...*, p. 325.

⁵¹² Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 111.

⁵¹³ Sobre a natureza de regra, e não de princípio, ao contrário do textualmente presente no CPA, cf. TIAGO ANTUNES, *A decisão no Novo Código do Procedimento Administrativo*, in: Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (Orgs.), Lisboa, AAFDL Editora, 2015, p. 763.

⁵¹⁴ Cf. TIAGO ANTUNES, *A decisão...*, p. 764.

⁵¹⁵ Cf. J. M. SÉRVULO CORREIA, *O incumprimento do dever de decidir*, in: Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, v. II, Lisboa, editado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 221.

Como se verifica, o dever de decidir impõe a obrigação de responder amplamente em relação às pretensões que envolvem as diversas modalidades do agir administrativo, mesmo que a resposta sequer adentre no mérito do requerimento⁵¹⁶.

Conquanto o dever de decidir esteja relacionado ordinariamente com o direito de petição, há também o dever de manifestação nas situações em que a Administração atua de ofício, notadamente quando há interesse de terceiros envolvido, seja porque esta é uma decorrência objetiva do dever de decidir, seja porque o interessado poderá requerer oportunamente a manifestação administrativa⁵¹⁷.

Salienta-se que, dentro da problemática das lacunas e do agir administrativo, aliada à noção de dever de decidir, está a de juridicidade administrativa.

Como se demonstrou no decorrer desta dissertação, as lacunas são um fenômeno natural do Direito e sua constante evolução. A construção da norma que regulará o caso pode ocorrer diante de uma lacuna e sua solução concretiza a norma, que será a expressão da juridicidade.

Em outros termos, o que se tem depois de solucionada uma lacuna é tão somente a norma que, definitivamente, resolve o caso. Como se trata de espaço sobre o qual há juridicidade administrativa, o agir da Administração diante de uma lacuna é feito tendo como fundamento a legalidade administrativa, elemento que habilita sua conduta.

Neste sentido, a verificação de uma lacuna não paralisa a Administração em respeito às competências dos outros poderes, porque não há violação da competência do Parlamento, uma vez que esta já foi exercida quando da introdução da intenção normativa no sistema e em razão de as lacunas não se confundirem com a omissão normativa, bem como porque a solução de lacunas também não é um espaço reservado ao Poder Judiciário.

⁵¹⁶ Neste sentido, ainda que diante da exceção presente no artigo 13.º, n.º 2, do CPA, que afirma não haver o dever de decidir quando o órgão tiver se pronunciado sobre a mesma questão há menos de dois anos, apesar de a Administração não precisar reavaliar profundamente a questão, permanece seu dever de resposta, a despeito de ser apenas para indicar de forma simples a existência da anterior decisão. Assim, ainda que inexistia o dever de decidir (em sentido estrito), permanece um de seus corolários, que é o direito de resposta. Sobre o tema, cf. TIAGO ANTUNES, *A decisão...*, p. 764.

⁵¹⁷ Cf. J. M. SÉRVULO CORREIA, *O incumprimento...*, p. 220; ALEXANDRA LEITÃO, *A condenação à prática de ato devido no Novo Código de Processo nos tribunais administrativos: âmbito, delimitação e pressupostos processuais*, in: Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA, coordenado por Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Lisboa, AAFDL Editora, 2016, p. 284.

Com efeito, ainda que o texto legal afirme que o Poder Judiciário não pode deixar de julgar em razão da falta de lei⁵¹⁸, o que tradicionalmente se designa como proibição do *non liquet*, tal dispositivo é apenas o reconhecimento da existência de lacunas. Não obstante, mesmo que não existisse tal preceito o Poder Judiciário ainda continuaria obrigado a julgar, porque as lacunas são um fenômeno dentro da juridicidade e a interpretação é uma tarefa elementar na atuação jurisdicional, de modo que não é a regra de vedação ao *non liquet* que habilita a solução de lacunas.

No mesmo sentido, o dispositivo que trata da proibição do *non liquet* não é um espaço conferido exclusivamente ao Poder Judiciário para colmatar lacunas, uma área reservada de atuação, visto que as lacunas, enquadradas que estão no processo de concretização normativa, fazem parte do processo hermenêutico e, por isso, devem ser solucionadas por todos aqueles que interpretam. Isso não afasta, evidentemente, a atribuição dos tribunais para decidir em definitivo sobre a correção da interpretação nas hipóteses em que é competente.

Em suma, as lacunas se inserem no processo de interpretação que levará à concretização normativa, de maneira que todo aquele competente para decidir, o que requer uma anterior interpretação, tem a atribuição para solucionar a lacuna. Caso restrita a solução de lacunas apenas ao Poder Judiciário, o princípio da juridicidade administrativa estaria violado, diante do impedimento de sua observância pela Administração, uma vez que este se concretiza pela interpretação que utiliza todos elementos necessários para sua adequada expressão, que inclui também a solução de lacunas.

Destarte, a Administração não pode se negar a decidir diante de uma lacuna, porque sua solução tem a natureza de interpretação, de atribuição de sentido ao texto, e o atuar de acordo com a juridicidade é da essência da função administrativa. Desta forma, a negativa de solucionar uma lacuna se qualifica como o incumprimento do dever de decidir e do princípio da juridicidade. Pode-se dizer, assim, que a Administração tem um dever geral de solucionar lacunas, dentro de sua atribuição maior de concretização e atuação, de acordo com a juridicidade.

⁵¹⁸ V. artigo 8.º, n.º 1 do CC português e artigo 140 do CPC brasileiro.

7.2 – Lacunas e a necessidade de alteração das fontes administrativas

A perspectiva abordada no tópico anterior envolvia as lacunas provenientes de qualquer fonte quando a Administração se via diante de um caso concreto que solicitava a solução da lacuna. No entanto, quando a lacuna se encontra presente em fonte proveniente da própria Administração há de se investigar se, nesta hipótese, há um dever de alterar a fonte para excluir a lacuna.

Sendo assim, enquanto no tópico anterior a análise foi feita no plano da concretização normativa, neste tópico a investigação se debruçará sobre a própria fonte administrativa.

A questão, portanto, envolve um problema de fontes provenientes da Administração, de modo que a indagação a ser respondida é: se o órgão com competência para alteração da fonte verificar uma lacuna,⁵¹⁹ há um dever, ou ao menos a possibilidade, de alteração da fonte?⁵²⁰

Em razão das peculiaridades próprias, a análise será dividida em dois pontos: um para as fontes unilaterais e outro para as bi ou multilaterais.

7.2.1 – Lacunas e a (des)necessidade de alteração de fontes unilaterais

Como visto no tópico 5.4.1, sobre fontes voluntárias unilaterais da Administração, de forma ampla elas podem ser divididas em ato administrativo e regulamento administrativo. Como, para o ponto em questão, o regime do regulamento é mais detalhado, este será o abordado. Todavia, como se verá, as mesmas conclusões são aplicáveis ao ato administrativo.

O ponto central do regime jurídico dos regulamentos que releva para o tema é quando há o dever de sua emissão.

⁵¹⁹ As lacunas podem ser verificadas tanto porque um caso concreto as evidenciou quanto porque sua verificação foi possível em abstrato, no momento inicial da interpretação, da visão prévia da norma.

⁵²⁰ Nada garante, contudo, que a alteração da fonte eliminará a lacuna, uma vez que a nova fonte também estará sujeita à interpretação.

O poder regulamentar tem como fundamento jurídico a Constituição e as leis que autorizam sua emissão⁵²¹. Assim, sua utilização pela Administração é a concretização da competência que lhe foi juridicamente atribuída, de modo que o exercício do poder regulamentar não é uma faculdade; antes, é um dever de promoção da competência atribuída à Administração, que é jurisdicionalmente sindicável. A ressalva fica apenas para as hipóteses em que o próprio exercício do poder regulamentar se insere na discricionariedade administrativa⁵²².

De fato, o exercício do poder regulamentar não se limita à persecução do interesse da Administração⁵²³, porque os regulamentos também se destinam a permitir a fruição de direito de terceiros, especialmente em razão de possibilitarem a exequibilidade de direitos fundamentais⁵²⁴.

Exatamente em razão da relevância do exercício efetivo do poder regulamentar, que o ordenamento contempla normas que tratam do regime da omissão regulamentar e que estipulam medidas destinadas a combater o incumprimento da inércia no exercício desta competência⁵²⁵.

Neste sentido, há um dever administrativo de emissão de regulamentos para o cumprimento da competência sob pena de, decorrido o respectivo prazo, restar configurada uma situação de omissão regulamentar.

A questão, então, é saber qual o conceito de omissão regulamentar: se envolve a omissão no sentido de completa ausência normativa ou se também engloba o conceito de lacunas.

Como visto, a necessidade de emissão de regulamento tem como finalidade permitir a execução dos fins almejados pelo ato normativo que lhe confere competência, de maneira que a juridicidade possa ser desenvolvida por completo. Neste cenário, a omissão se

⁵²¹ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, v. II..., p. 165.

⁵²² Cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos...*, p. 283.

⁵²³ Propositamente, não se utilizou a expressão interesse público, porque não parece ser adequada a construção de uma noção de interesse público contrária aos direitos fundamentais. Uma vez que o interesse público há de ser constitucional, é preciso que comporte em seu conceito o respeito aos direitos fundamentais. Cf. GUSTAVO BINENBOJM, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*, in: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Daniel Sarmento (Org.), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2005, p. 149 e ss.

⁵²⁴ Cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos...*, p. 244.

⁵²⁵ V. artigo 103, § 2º da CRB; e artigos 137.º, n.º 1 do CPA e 77.º do CPTA.

configura quando a ausência do regulamento impede justamente o atingimento da finalidade legal, que só pode ser alcançada mediada pelo regulamento. O conceito de “norma devida” para fins de adimplemento do dever regulamentar envolve, desta forma, uma lei que solicite regulamentação⁵²⁶, de modo expresso ou implícito, e a ausência injustificada⁵²⁷ do regulamento exigível⁵²⁸.

Assim, só há o incumprimento do dever regulamentar quando a inércia bloqueia a exequibilidade da lei⁵²⁹, não quando se apresenta uma situação em que a regulamentação existe, mas contém uma lacuna. E principalmente em razão de a lacuna não impedir a produção de efeitos normativos, da lei ou do regulamento, de modo que não configura uma situação de embaraço a efetividade normativa.

Na verdade, a jurisprudência tem reconhecido que mesmo nos casos em que a regulamentação é “insatisfatória ou deficiente” não se verifica a omissão regulamentar ilegal⁵³⁰. Com mais razão, há de se aplicar tal entendimento para o caso de uma lacuna, que sequer pode ser considerada uma deficiência, haja vista que sua ocorrência é da natureza do Direito e não prejudica a exequibilidade da lei.

Se é certo que as lacunas não impedem a concretização normativa e, por isso, não podem ser consideradas uma omissão do dever regulamentar a configurar uma hipótese de incumprimento deste dever, nada impede que, diante de uma lacuna, o órgão competente modifique o regulamento a fim de abranger a hipótese lacunosa, seja em razão de uma lacuna no próprio regulamento, seja na lei.

Sobretudo quando a lacuna se apresenta em situação sobre a qual inúmeros casos são potencialmente atingidos, o texto do regulamento pode ser alterado para que haja uma clareza maior sobre o Direito positivo. Contudo, nesta hipótese, não há um dever jurídico de alteração do regulamento, porque inexistente um dever administrativo de emissão de fontes

⁵²⁶ O conceito de norma habilitante deve abarcar também a Constituição contra a noção clássica de precedência de lei, de modo que é possível reconhecer a “existência de regulamentos independentes diretamente fundados na Constituição”. Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 734.

⁵²⁷ Não será injustificada a ausência quando, por exemplo, subsistir prazo para emissão do regulamento ou quando sua emissão estiver sob um juízo de oportunidade administrativa.

⁵²⁸ Sobre os requisitos para configuração da omissão regulamentar, cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos...*, p. 279-280.

⁵²⁹ Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 408.

⁵³⁰ O conceito de natureza insatisfatória ou deficiente do regulamento não pode ser tal que impeça a exequibilidade normativa. Sobre o ponto, cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *O controle judicial do exercício do poder regulamentar...*, p. 363.

sem lacunas, medida que seria, a rigor, faticamente impossível, mas tão só um dever de emissão de norma que permita a exequibilidade legal.

Só numa perspectiva excessivamente maximalista do conceito de princípios, de acordo com o qual haveria a necessidade de um grau de total previsibilidade decorrente do princípio da segurança jurídica e de uma necessária perfeição no exercício do poder regulamentar, veiculada pelo princípio da boa administração⁵³¹, é que seria possível afirmar que há um dever jurídico de alteração da fonte para que passe a abordar a hipótese lacunosa.

Entretanto, tal concepção de princípios esvazia a perspectiva democrática, porque permite que as soluções sejam extraíveis diretamente dos princípios, posto que estes regulam todos os campos da vida, o que acaba por subtrair dos fóruns democráticos decisões essenciais da comunidade. Ainda, incluem situações evidentemente contrárias aos valores básicos do Direito dentro do campo de incidência dos princípios, o que permite, por exemplo, que, dentro do âmbito de incidência do princípio da liberdade, considere-se a liberdade de matar pessoas por mero capricho, o que de todo não é um sentido admissível pelo próprio Direito⁵³².

Desta forma, os princípios em questão não chegam a normatizar a situação, porque não estabelecem um nível absoluto de previsibilidade e de perfeição regulamentar, de modo que não há um dever de alteração da fonte para que preveja a situação lacunosa extraível sequer de uma leitura principiológica. Nesta perspectiva, a hipótese não se encaixa nem mesmo como uma situação de discricionariedade, porque simplesmente não há intencionalidade normativa neste sentido, ou seja, a juridicidade não permite, proíbe ou obriga esta conduta; ela é simplesmente indiferente, o que qualifica a situação como um espaço jurídico vazio⁵³³.

⁵³¹ Afirmando que boa administração é equivalente à “ótima administração”, cf. ROGÉRIO GUILHERME EHRHARDT SOARES, *Interesse público...*, p. 189. Entretanto, mais à frente, o autor afirma que “a lei, ao impor o dever de boa administração... apenas impõe uma conduta de adequação ao fim legal” (p. 198), o que limita a boa administração tão só ao necessário ao atingimento da finalidade legal.

⁵³² O perigo democrático de uma tal concepção excessivamente maximalista do conceito de princípios foi objeto do tópico 4.1.1, para onde se remete.

⁵³³ A caracterização da hipótese como um espaço jurídico vazio não é simples e demandaria um espaço maior de desenvolvimento, que, no entanto, o tema não comporta. Entretanto, dois pontos podem ao menos ser suscitados. O primeiro é que, tradicionalmente em casos semelhantes, a solução é considerar existente um espaço de discricionariedade, porque haveria uma margem de

Por fim, adotou-se na abordagem deste tópico o regime dos regulamentos porque ele é o tradicionalmente analisado quando se está diante de um dever sobre a qualidade da fonte administrativa. Apesar disso, as conclusões a que se chega são aplicáveis a todas as fontes provenientes da Administração, porque, como as lacunas não são um defeito, mas apenas uma característica do Direito, não há um dever de alterar a fonte para englobar a hipótese lacunosa, de modo distinto do que ocorre com o dever de integrar a lacuna em um caso concreto, que se coloca como uma necessidade da concretização normativa.

7.2.2 – Lacunas e a impossibilidade unilateral de alteração de fontes bi ou multilaterais

Conforme afirmado anteriormente, não há um dever de alteração da fonte para exclusão de lacunas, mas, ao contrário do regime das fontes unilaterais, se Administração quiser alterar uma fonte emitida com base na declaração plural de vontades é preciso do consentimento dos partícipes do ato.

Uma vez que a formação dessas fontes conta com a participação de terceiros, sua alteração também requer o consentimento de todos os partícipes do ato sob pena de a alteração se inválida por violação ao princípio *pacta sunt servanda*.

escolha para o administrador diante da abertura conferida pelos princípios, mas tal concepção de discricionariedade não parece ser a adequada, como já demonstrado, em especial porque a Administração, vinculada que é pela juridicidade, deve buscar sempre a solução que atenda esta “da melhor maneira” (a rigor, da única maneira) e em virtude de a abertura textual não conferir discricionariedade interpretativa. Assim, caso considerados como efetivamente incidentes os princípios em questão, a solução deve ser a de reconhecer um dever de alterar a fonte para prever a hipótese lacunosa, ainda que este dever administrativo não seja jurisdicionalmente sindicável, o que caracterizaria a discricionariedade da hipótese. Todavia, se levado em conta que os princípios em questão não abrangem a hipótese, como parece ser o caso, é inviável reconhecer uma competência discricionária. Segundo, considerado um espaço jurídico vazio no seio da atuação administrativa, a questão pode entrar em conflito com a noção tradicional de que a ação administrativa deve ter fundamento na juridicidade. Não obstante, o agir no espaço jurídico vazio não entra em conflito com a juridicidade administrativa, porque esta só se aplica dentro do espaço intencionado pelo Direito. Questões que estão fora do Direito não entram em conflito com a juridicidade. A atuação administrativa não é proibida (nem permitida ou obrigatória) no espaço jurídico vazio, porque não há um juízo de valor jurídico sobre ela, o que evidencia a irrelevância da situação para o Direito.

Neste sentido, o nome dado a uma sala de aula em universidade pública ou o atendimento afetuoso de um funcionário público àqueles que atende no órgão público em que trabalha estão, por exemplo, dentro de um espaço de conveniência social, de boas maneiras que não são juridicamente reguladas, ainda que sejam socialmente bem avaliadas. É claro que, eventualmente em casos-limite, tais situações podem ter relevância jurídica, se, por exemplo, o nome atribuído à sala é o de um facínora ou se o cumprimento do servidor for um soco na face do administrado. Aí, sim, o caso adentra em campo no qual a juridicidade normatiza.

Podem suscitar dúvida, no entanto, as situações em que a administração tem atribuição para alterar unilateralmente o contrato. A possibilidade de alteração unilateral do contrato é uma das características que tipicamente tem qualificado o contrato administrativo⁵³⁴ e que teria como fundamento o exercício do poder de autoridade. Por isso, não à toa engloba o (vetusto) conceito de cláusulas exorbitantes, entendido como aquele que exorbita os poderes que as partes de um contrato (privado) possuem habitualmente⁵³⁵.

Sem embargo, a alteração unilateral do contrato também é uma possibilidade nos contratos privados, particularmente quando há: (i) previsão no próprio contrato; (ii) previsão legal; ou (iii) alteração excepcional e imprevisível das condições sobre as quais o contrato foi firmado (v. teoria da imprevisão, fato do príncipe e natureza *rebus sic stantibus* dos contratos). Tais hipóteses demonstram que a noção de um poder exorbitante em relação ao padrão privado não se verifica⁵³⁶.

Neste sentido, a alteração unilateral dos contratos da Administração só é válida diante das situações legalmente especificadas, entre as quais não há a alteração por motivo interpretativo. Também não é este um poder implícito ou como decorrência do postulado *a maiori, ad minus* (noção de que quem pode o mais, pode o menos), ou seja, se a Administração pode alterar a cláusula (o poder maior), poderia também definir sua interpretação (o poder menor)⁵³⁷.

Entretanto, o problema em questão não permite a construção de argumento pautado em premissa argumentativa hierárquica, porque, tanto no regime brasileiro quanto no português, seja em razão de novas necessidades da Administração, seja em razão de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias que deram ensejo ao contrato, o que se prevê é uma alteração na substância do contrato em razão da “mutação do interesse público”⁵³⁸, potencialmente com necessidade de modificação do valor ajustado, que não tem relação de correlação hierárquica com a alteração do texto que decorre da identificação

⁵³⁴ Tratando-se dos demais poderes do contratante público, cf. ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos contratos públicos: parte geral*, Lisboa, Editora AAFDL, 2014, p. 228.

⁵³⁵ Sobre o ponto, cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 93 e ss.

⁵³⁶ Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem...*, p. 137.

⁵³⁷ Cf. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, *Introdução...*, p. 341.

⁵³⁸ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III: actividade administrativa, contratos públicos...*, p. 154.

interpretativa de uma lacuna, fato que inviabiliza a utilização do postulado *a maiori, ad minus*, porque este necessita de uma relação de subordinação da premissa menor à maior, que não se verifica neste caso.

A alteração para extinguir uma lacuna do contrato não é, assim, um *minus* em relação ao regime das alterações unilaterais porque não se relaciona com a modificação da substância do contrato. Por sua vez, a alteração do texto para que passe a prever situação (efetivamente) lacunosa sequer modifica o que foi contratado, apenas deixa clara a hipótese sobre a qual havia uma insuficiência positiva do contrato, mas que já era por ele exigida.

Não obstante, apesar de uma lacuna verdadeira não alterar o contrato, pode ser extremamente conflituoso saber se de fato a hipótese envolve uma lacuna e as partes do contrato podem divergir sobre sua efetiva ocorrência. Aliada a esta dificuldade, não há previsão para que a Administração decida a interpretação em definitivo e com pretensão executória do contrato, o que acabaria sendo permitido se admitida a alteração unilateral para abarcar a situação lacunosa⁵³⁹.

A rigor, consentida a alteração em razão de lacuna e competindo à Administração dizer quando há uma lacuna, haveria uma situação de extrema sujeição da outra parte, sem que haja previsão legal neste sentido, desbalanceando a paridade de vontades sem fundamento legal.

Desta forma, a alteração de fontes em que participam mais de uma parte, a fim de que passe a constar a hipótese lacunosa, requer o consentimento de todas as partes, mesmo quando a Administração tem a prerrogativa de alteração unilateral do contrato.

7.3 – Há um poder geral regulamentar para regular a conduta lacunosa?

Ainda sobre a atuação da Administração diante de uma lacuna, é preciso, por fim, analisar se há um poder geral de regulamentação que permita aos órgãos a emissão de regulamento prevendo a situação lacunosa. A questão não envolve os casos que a lei

⁵³⁹ Afastando a interpretação de contratos com pretensão executória como um atributo da Administração, cf. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, v. I..., p. 613; cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem...*, p. 122.

atribui competência regulamentar ao órgão sobre determinado tema, assunto tratado no tópico 7.2.1 *supra*, mas se, fora desta hipótese, é possível reconhecer um poder geral de emissão de atos normativos regulando a conduta lacunosa.

Considerando que a verificação e solução de lacunas pertencem ao campo da interpretação, a questão pode ser feita de outra forma: há um poder regulamentar geral para que os órgãos definam a interpretação sobre todo e qualquer assunto e a plasmem em regulamento? A resposta há de ser negativa, porque, ainda que a Administração detenha competência decisória sobre o caso, sua competência regulamentar é limitada às situações legalmente estabelecidas⁵⁴⁰⁻⁵⁴¹.

Nem mesmo de forma implícita, é possível o reconhecimento de tal competência, medida que desbordaria dos limites constitucionais conferidos ao poder regulamentar, uma vez que não se encontra presente o elemento “habilitação legal”, especialmente em razão de a mera existência de lacuna não ser suficiente para tanto. Com efeito, a lacuna não se qualifica como um espaço de delegação ao poder regulamentar e, mesmo que assim se considere, tal medida só atrairia a competência do órgão com competência específica para tratar do tema, mas não todo, e qualquer órgão administrativo que possa decidir eventualmente sobre a matéria que toque o campo lacunoso.

Registre-se que nestes casos é possível que a legislação sequer seja dirigida apenas à Administração. Suponha-se, por exemplo, que há uma lacuna na legislação privada sobre locações, bem como que, diante da ampla incidência da situação lacunosa, inúmeros órgãos sejam os potencialmente interessados na regulamentação. Ao cabo, o que a questão demonstra é que não há um poder de vincular terceiros (e os particulares em especial) plasmando a interpretação em um regulamento.

7.3.1 – Lacunas e as orientações interpretativas

Ainda que não exista um poder regulamentar (com efeitos externos) para previsão de situações lacunosas, é possível que o órgão administrativo com competência para

⁵⁴⁰ V. artigo 112.º, n.º 5 da CRP.

⁵⁴¹ Cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos...*, p. 37.

decidir o caso espeça orientações⁵⁴² sobre qual deve ser a interpretação de uma hipótese que pode conter uma lacuna, o que faz se valendo do poder de auto-organização reconhecido implicitamente a todo órgão⁵⁴³.

Neste sentido, como todo órgão tem de se organizar, é possível que o faça delimitando como deverá ser feita a interpretação de determinado dispositivo⁵⁴⁴, o que ganha especial relevância quando o órgão em questão decide inúmeros casos e possui estrutura hierarquizada⁵⁴⁵.

De fato, se o órgão precisa estabelecer o sentido do texto lacunoso para que possa decidir, nada impede que seja emanado um ato autovinculativo indicando qual deve ser a interpretação, o que possibilita a garantia de uma atuação uniforme⁵⁴⁶ com a ressalva já feita de que este ato não é um regulamento, entendido como o ato normativo que vincula os administrados ou os tribunais, porque não é o fundamento de validade da decisão administrativa⁵⁴⁷⁻⁵⁴⁸.

A dicotomia apresentada entre as duas situações traduz o que se designa em Portugal como regulamentos externos e internos⁵⁴⁹, sendo que os regulamentos internos só produziram efeitos internos e não se sujeitaram ao princípio da inderrogabilidade singular.

Todavia, a noção de que os regulamentos internos não produzem qualquer efeito externo e que sempre permitem a derrogação singular nem sempre se verifica, de modo que não podem ser considerados um dogma; antes, dependem da conformação que o caso

⁵⁴² Diversos são os nomes atribuídos a estes atos como, por exemplo, diretivas, recomendações, instruções, ofícios circular, enunciados, orientações etc.

⁵⁴³ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...*, p. 145; ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos...*, p. 35.

⁵⁴⁴ V. artigo 68.º-A, n.º 1 da LGT.

⁵⁴⁵ No Brasil, popularizou-se a emissão de enunciados legais pelos órgãos de aconselhamento e controle da legalidade. Veja, por exemplo, o enunciado n.º 22 da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe: “os contratos de locação de imóveis, nos quais a Administração Pública figure como locatária, podem ser prorrogados por prazo indeterminado...”.

⁵⁴⁶ A questão se assemelha, como se verifica, à vinculação da Administração aos precedentes administrativos.

⁵⁴⁷ As orientações internas podem ser, contudo, o fundamento para eventual sanção disciplinar do funcionário que não a seguiu.

⁵⁴⁸ Cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal...*, p. 197.

⁵⁴⁹ Tratando-se da distinção entre regulamentos externos e internos, cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, v. II...*, p. 155.

terá e sua relação com este ato. Particularmente em relação aos atos interpretativos solucionadores de lacunas, alguns pontos merecem uma análise mais detida.

Os regulamentos internos que contêm uma interpretação, apesar de não serem o fundamento de validade do ato da Administração, que retira sua sustentação diretamente da lei, condicionam os agentes que irão decidir e a decisão, por sua vez, produz efeitos externos⁵⁵⁰.

Pode-se dizer, assim, que as orientações interpretativas produzem de forma indireta efeitos externos, o que induz nos administrados uma expectativa sobre a potencial decisão de casos semelhantes, que é tutelada por princípios que norteiam a atuação administrativa.

Neste sentido, desempenham um papel central os princípios que regulam a relação entre a Administração e os que dialogam com ela e que estabelecem um padrão de conduta pelo qual as partes devem reciprocamente atuar com boa-fé, salvaguardando os valores previsibilidade e confiança⁵⁵¹.

Este modelo solicita que não sejam frustradas as expectativas sobre condutas futuras, expectativas estas erigidas em razão de comportamentos passados que apontam no sentido esperado, de maneira que não haja brusca alteração de conduta em contrariedade à anterior, que destrua o padrão médio de previsibilidade que se pode esperar dos que atuam pautados pelo princípio da boa-fé.

Neste cenário, duas situações podem levar a Administração a modificar seu entendimento sobre a legalidade e como decorrência alterar de forma geral a interpretação exteriorizada pelo regulamento interno. São elas:

- (i) A alteração de contexto, que demonstra a necessidade de uma releitura normativa;
- (ii) A verificação de que a orientação anterior estava equivocada.

Na primeira situação, a orientação anterior não estava equivocada. O que se verificou foi uma alteração de contexto⁵⁵² das bases históricas sobre as quais a

⁵⁵⁰ Cf. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Estudos sobre os regulamentos...*, p. 32.

⁵⁵¹ A respeito, cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da boa fé...*, p. 354 e ss.

⁵⁵² É preciso distinguir a alteração de contexto da alteração de circunstâncias, porque, ainda que possa haver conexões, as duas figuras não se confundem. Enquanto a alteração de contexto diz respeito à modificação da base histórica que influencia na concretização normativa, a alteração de circunstância é a modificação (do direito positivo ou dos fatos) que altera a base sobre a qual o ato

normatividade era compreendida e que, por isso, mantendo o mesmo texto deu origem a uma nova concepção da juridicidade, caso em que é possível reconhecer uma lacuna superveniente. A hipótese trata, portanto, de mutação normativa.

Uma vez que a alteração de contexto modifica a juridicidade, a anterior concepção não era ilegal, apenas foi praticada sob realidade histórica distinta, o que faz com que, de fato, a alteração seja considerada uma nova normatividade. Em razão de a alteração de contexto não ser um fenômeno pontual, ao contrário, via de regra este se desenvolve no tempo⁵⁵³, pode ser difícil verificar quando realmente ocorreu, o que, entretanto, permite duas conclusões especificamente em relação às orientações interpretativas:

- (i) a partir do marco temporal em que há certeza sobre o momento da alteração de contexto, o que se tem é uma inovação normativa, de modo análogo ao que ocorre quando nova lei entra em vigor⁵⁵⁴, o que via de regra só admite a produção de efeitos retroativos em favor dos administrados⁵⁵⁵;
- (ii) quando não há certeza sobre o momento da alteração de circunstância, ao menos o regime da alteração de interpretação por erro deve ser aplicado, o que atrai, como se verá, a tutela de princípios protetivos ao administrado.

(em sentido amplo) foi erigido e que, a depender da intensidade e previsibilidade da situação, pode gerar a necessidade de reconfiguração do ato, em razão de estar submetido à cláusula *rebus sic stantibus* (sobre a cláusula *rebus sic stantibus* como um fundamento para a revisão administrativa, cf. CARLA AMADO GOMES, **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente**, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 726 e ss. Para PAULO OTERO, a cláusula *rebus sic stantibus* é um princípio geral de Direito; ver **Manual...**, p. 546). A alteração de circunstância tem a ver, assim, com a base de um ato e qual o nível de risco admitido para que este ainda seja considerado eficaz, ao passo que a alteração de contexto não trata da relação risco vs. ato, mas apenas do sentido normativo. Conquanto a alteração de contexto gere uma nova norma e esta possa levar à alteração de circunstâncias, não há uma relação de inexorável congruência entre ambas, porque pode haver alteração de contexto sem alteração de circunstâncias e vice-versa. As lacunas podem advir de alteração de contexto, que, por sua vez, tem o potencial de gerar a alteração de circunstâncias. O ponto comum entre ambas é que manifestam uma maleabilidade do Direito a fim de permitir a acomodação das modificações ocorridas no ambiente.

⁵⁵³ É possível, entretanto, que em situações peculiares a alteração de contexto se desenvolva em curto espaço temporal, como, por exemplo, diante de uma revolução ou de um impactante fenômeno natural.

⁵⁵⁴ Sobre irretroatividade e alterações legislativas, cf. HUMBERTO ÁVILA, **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 413 e ss.

⁵⁵⁵ O exemplo clássico é o da norma penal mais favorável. Todavia, mesmo a retroatividade em favor dos administrados pode sofrer limitações, particularmente pela necessidade de previsão orçamentária.

Mesmo quando a alteração da orientação interpretativa decorre da verificação de um equívoco hermenêutico, o atingimento de atos já praticados pelos administrados de acordo com a anterior orientação é limitado pelo princípio da boa-fé e da tutela da confiança, porque os particulares podem ter se comportado investidos na confiança de que estavam atuando de acordo com a interpretação da Administração⁵⁵⁶.

Nesta perspectiva, é absolutamente razoável supor que tendo os administrados conhecimento de uma orientação administrativa voluntariamente desejem se submeter a esta para que sua conduta seja valorada de forma positiva pela Administração⁵⁵⁷.

Assim, a modificação do regulamento interno com efeito sobre situações jurídicas já ocorridas pode violar o padrão médio de comportamento que se espera da Administração ao induzir nos particulares a crença de que estão se comportando em conformidade com um entendimento para posteriormente negar sua própria orientação, medida que enseja a violação do padrão objetivo de conduta estabelecida pela boa-fé⁵⁵⁸, em especial pela noção de *nemo potest venire contra factum proprium* e de tutela da confiança. A ressalva fica apenas para as situações em que o novo entendimento é favorável aos administrados, hipótese em que a nova interpretação deve retroagir em razão do princípio da legalidade.

Destarte, ainda que destinada à produção de efeitos internos, os atos que dispõem sobre interpretação espraiam efeitos para fora da organização administrativa ao induzirem nas pessoas que interagem com a Administração qual o sentido de determinado dispositivo.

Da mesma forma, é de se aplicar a regra da inderrogabilidade singular aos regulamentos internos que plasmam uma interpretação, por força dos princípios já citados⁵⁵⁹, em razão do princípio hierárquico e do princípio da igualdade. O princípio hierárquico impõe que aqueles que estejam subordinados à autoridade que emanou o ato o observem em virtude de seu dever de obediência. Está-se aqui diante de uma vinculação ao poder de comando que direciona a atuação dos subalternos.

⁵⁵⁶ Cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da boa fé...*, p. 365; LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *A ciência...*, p. 248; HUMBERTO ÁVILA, *Segurança jurídica...*, p. 449.

⁵⁵⁷ Em específico, sobre a alteração de interpretação/orientações e limitação de efeitos retroativos, v. artigo 68.º-A, n.º 2 da LGT; artigo 2º, XIII da Lei nº 9.784 (Lei do Processo Administrativo Federal) e artigo 23 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Já o artigo 152.º, n.º 1, alínea d do CPA trata do dever de fundamentar a alteração de interpretação habitual.

⁵⁵⁸ Cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal...*, p. 198.

⁵⁵⁹ Cf. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da boa fé...*, p. 366.

Para além da lógica hierárquica, porém, é a incidência do princípio da igualdade, vinculante para toda a Administração, que impede a alteração da interpretação apenas para um caso, promovendo distinção entre situações idênticas⁵⁶⁰. Neste caso, a ausência de qualquer fundamento para o tratamento diferenciado qualifica a atuação como arbitrária, por violar gravemente a juridicidade⁵⁶¹.

O dogma da não aplicação da inderrogabilidade singular aos regulamentos internos é afastado, nesta hipótese, porque efeitos do regulamento interno atingem os administrados, que são protegidos pelo princípio da igualdade e da proibição do arbítrio.

Assim, o reconhecimento de efeitos jurídicos às orientações interpretativas, em especial quando é alterada e pode atingir posições de vantagens dos particulares, insere-se numa relação de tensão entre uma perspectiva restrita de legalidade (da necessidade de respeito da adequada interpretação) com respeito à confiança induzida nos particulares pela conduta administrativa, de modo que o princípio da boa-fé possibilita, a depender das circunstâncias, que a legalidade (em termos estritos) seja afastada em nome da proteção da confiança⁵⁶²⁻⁵⁶³.

Ainda que a existência de orientação interpretativa já indique uma alta probabilidade de que haja base para a confiança e que o particular tenha investido nesta base, é possível que pontualmente isso não se verifique, como ocorre, por exemplo, quando o particular atua de má-fé induzindo a produção equivocada de uma orientação. Desta forma, é preciso que haja efetiva base e investimento na confiança⁵⁶⁴.

Há, entretanto, necessidade de atribuição de efeitos retroativos quando a alteração constitui uma posição de vantagem ao particular, porque nesta hipótese só incide o princípio da legalidade, sem o atenuador concedido pelo princípio da boa-fé, que não pode funcionar em favor da manutenção do erro administrativo em prol da própria Administração que o cometeu. No mesmo sentido, é possível a atribuição de efeitos retroativos excepcionalmente quando for uma necessidade decorrente do interesse público,

⁵⁶⁰ Sobre os fundamentos do princípio da inderrogabilidade singular, cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso ...*, v. I, p. 234 e ss.

⁵⁶¹ Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 241.

⁵⁶² Cf. HUMBERTO ÁVILA, *Segurança jurídica...*, p. 443 e ss; PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da boa fé...*, p. 373.

⁵⁶³ Neste sentido, o CPA admite a tutela da confiança mesmo em casos de atos nulos. V. artigo 162.º, n.º 3.

⁵⁶⁴ Cf. HUMBERTO ÁVILA, *Segurança jurídica...*, p. 397.

situação em que, contudo, há o dever de indenizar o particular que atuou pautado pela confiança⁵⁶⁵.

Em suma, as lacunas não habilitam um poder regulamentar geral, que vincule os particulares e os tribunais, mas permitem que a Administração expeça orientações internas sobre qual deva ser a interpretação, que propiciem a salvaguarda das condutas dos administrados, praticadas de acordo com a orientação, por força da incidência dos princípios da boa-fé, tutela da confiança e igualdade.

7.4 – A ilegalidade proveniente da verificação ou solução de lacunas

A verificação e solução de lacunas se insere no processo de concretização normativa que define qual o sentido da juridicidade. Assim, a interpretação integradora de lacunas, como toda interpretação, delimita o espaço em que a atuação é feita de acordo com a juridicidade e, consequentemente, a que é contrária à juridicidade.

Se a verificação ou solução de lacunas é feita de forma equivocada, manifestando uma normatividade que não condiz com a expressão correta da juridicidade, o ato dela decorrente é ilegal (em sentido amplo).

A ilegalidade, via de regra, conduz à invalidade do ato. Não obstante, a própria juridicidade pode habilitar a produção de efeitos de atos *prima facie* ilegais, o que caracteriza uma cisão na juridicidade⁵⁶⁶ que pode iniciar reconhecendo a ilegalidade da ação, mas que termina por permitir a produção de efeitos do ato (a partida inválido), o que ocorre mormente em razão⁵⁶⁷:

- (i) De o próprio sistema possuir uma abertura expressa que permita atuação que normalmente seria ilegal, como ocorre, por exemplo, no estado de necessidade (em Portugal, uma vez que no Brasil o estado de necessidade não se encontra expressamente previsto) e no estado de exceção constitucional;

⁵⁶⁵ Cf. PAULO OTERO, *Manual...*, p. 551-555.

⁵⁶⁶ Afirmando que o conceito de invalidade é mais restrito do que o de legalidade, cf. ROGÉRIO GUILHERME EHRHARDT SOARES, *Interesse público...*, p. 276.

⁵⁶⁷ Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 601-602.

- (ii) Da incidência de princípios constitucionais que, protegendo outros valores, pode proporcionar a produção de efeitos de atos que seriam à partida ilegais, como nos casos de mera irregularidade, de modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade, da produção de efeitos em razão da proteção conferida pela tutela da confiança etc.

A invalidade pode tanto advir de um erro involuntário da Administração quanto da intenção de voluntariamente agir em contrariedade à juridicidade ou de um comportamento negligente⁵⁶⁸, bem como em razão de ação ou de omissão, por violações materiais ou formais.

O regime das invalidades é composto por diferentes modelos a depender do tipo de bem jurídico tutelado, isto é, em razão da necessidade de manutenção de uma coerência axiológica no ordenamento, os atos que violam bens jurídicos mais relevantes comportam um regime mais gravoso⁵⁶⁹. Não à toa que se verificou a existência de lacunas que ensejaram o reconhecimento da categoria dos atos inexistentes e da nulidade por natureza, vide tópico 3.6.1, exatamente em razão de certos atos não se enquadrarem na categoria geral (atos anuláveis), diante da grave violação à juridicidade, o que conduziria a um déficit de proteção diante da ilegalidade praticada.

Neste sentido, o nível de gravidade de violação à juridicidade é ordenado, do menor para o maior, em mera irregularidade, anulabilidade, nulidade e inexistência. Cumpre, então, investigar o regime das invalidades para saber em qual (ou quais) o ato que equivocadamente verifica e soluciona uma lacuna se encaixa.

7.4.1 – Aspectos centrais do regime das invalidades administrativas em Portugal

⁵⁶⁸ Caracterizando as duas últimas hipóteses como atos ilícitos, cf. PAULO OTERO, ***Direito do Procedimento Administrativo...***, p. 605.

⁵⁶⁹ Neste sentido, é que José Carlos Vieira de Andrade, tratando da nulidade, afirma que: “A nulidade pressupõe... uma desconformidade particularmente grave com o paradigma normativo do acto jurídico, a provocar um desvalor que o legislador não pode (ou não quer) submeter ao regime da anulabilidade...”, cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, ***A nulidade administrativa...***, p. 767.

De início, é preciso registrar que o tema das invalidades é complexo e sua análise profunda não se mostra necessária a esta investigação, de modo que será feita apenas no limite do necessário para o trabalho⁵⁷⁰.

Em Portugal, as invalidades podem ser classificadas em anulabilidade, nulidade e inexistência. Próxima a esta categoria, estão as irregularidades que, apesar de não se manifestarem como ato inválido, traduzem uma violação inicial à legalidade que, contudo, a própria juridicidade não entende relevante, de modo que não a qualifica como inválida.

Assim, a irregularidade se manifesta nas violações à juridicidade de menor monta, que, em razão de não atingir aspectos centrais do ato viciado, possibilita sua produção de efeitos⁵⁷¹. A natureza não essencial do vício, meramente lateral, é considerada pelo ordenamento jurídico como insuficiente para negar a produção de efeitos do ato irregular, seja por disposição legal expressa, seja por consideração de princípios (em particular a vedação ao formalismo exacerbado e aproveitamento dos atos⁵⁷²) que, em ambos os casos, ponderam a favor da manutenção de efeitos da decisão que lesiona de forma diminuta a legalidade *prima facie* considerada⁵⁷³.

O ato irregular pode ser em razão de vícios formais ou materiais, a depender se incide sobre a forma do ato (e o procedimento) ou da substância, como exemplificativamente se verifica: nos erros materiais; nos vícios de forma que não geram a ineficácia do ato; quando a finalidade pretendida pela norma violada foi alcançada de outro modo; quando o vício não altera o resultado do ato que seria praticado com o mesmo conteúdo⁵⁷⁴, entre outros⁵⁷⁵.

O regime do ato irregular se caracteriza, assim, pelo reconhecimento de sua validade e possibilidade de produção de efeitos, de modo que suas consequências dizem

⁵⁷⁰ A análise será também restrita ao regime português, porque, como se verá no tópico seguinte, é suficiente para demonstrar a relação da ilegalidade na solução de uma lacuna com o regime das invalidades.

⁵⁷¹ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III: atividade administrativa*, Alfragide, Dom Quixote, 2016, p. 55.

⁵⁷² Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 618.

⁵⁷³ Cf. ROGÉRIO GUILHERME EHRHARDT SOARES, *Interesse público...*, p. 272.

⁵⁷⁴ V. artigo 163.º, n.º 5 do CPA.

⁵⁷⁵ Para outros exemplos, além dos citados, cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 620-621.

respeito apenas a questões secundárias, como a possibilidade de responsabilização do funcionário que deu causa ao vício⁵⁷⁶.

Por sua vez, a anulabilidade é a espécie de invalidade que traduz o primeiro grau de resposta à atuação administrativa contrária à juridicidade, excepcionadas as irregularidades, uma vez que estas não geram invalidades, de modo que o regime da anulabilidade “corresponde a situações de violação do interesse público menos graves”⁵⁷⁷.

A anulabilidade é o desvalor residual do sistema e portanto compreende todas as violações à juridicidade para as quais não haja outra sanção prevista⁵⁷⁸, o que lhe confere a natureza de “regra geral”⁵⁷⁹.

O regime da anulabilidade reconhece eficácia ao ato anulável até que provenha decisão do tribunal administrativo ou do órgão administrativo competente, o que qualifica como constitutiva a natureza da decisão anulatória, porque inova ao extinguir a possibilidade de o ato produzir efeitos⁵⁸⁰. Tal característica obriga a observância do ato anulável por funcionários e administrados até que seja proferida decisão, anulando-o.

Destarte, como os atos anuláveis se comportam, até sua anulação, como se fossem válidos, não habilitam a utilização do direito de resistência⁵⁸¹. Destaca-se, ainda, que a anulação possui em regra efeitos retroativos⁵⁸², restaurando a situação fática existente antes da prolação do ato anulado⁵⁸³.

Os atos anuláveis se submetem a um prazo para sua impugnação depois do qual a anulação não poderá mais ocorrer, perdurando no ordenamento um ato inválido que não se sujeita à impugnação, o que confere à anulabilidade um regime de consolidação temporal da invalidade.

⁵⁷⁶ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, v. II...*, p. 366.

⁵⁷⁷ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III: atividade administrativa...*, p. 54.

⁵⁷⁸ V. art.º 163.º, n.º 1 do CPA.

⁵⁷⁹ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, v. II...*, p. 360.

⁵⁸⁰ V. artigo 163.º, n.º 2 do CPA.

⁵⁸¹ Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 628.

⁵⁸² Admitindo, entretanto, a possibilidade de a decisão anulatória modular os efeitos, cf. PAULO OTERO, *Manual...*, p. 565.

⁵⁸³ Cf. MARCO CALDEIRA, *A figura da ‘anulação administrativa’ no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015*, in: Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (Orgs.), Lisboa, AAFDL Editora, 2015, p. 1063.

Outrossim, os atos anuláveis permitem também sua sanação com efeitos retroativos por meio da ratificação, reforma ou conversão⁵⁸⁴, bem como podem ser rebaixados à categoria das irregularidades, v.g., nas hipóteses do artigo 163.º, n.º 5, do CPA⁵⁸⁵.

Sobretudo em razão de produzir efeitos até que uma decisão judicial ou administrativa anule o ato e por se consolidar pelo decurso do tempo, a adoção de uma regra geral da anulabilidade indica uma clara opção do sistema em prol da segurança jurídica, o que se faz em detrimento de uma legalidade que foi *prima facie* violada⁵⁸⁶.

Já no que concerne à nulidade administrativa, esta é a forma mais grave de invalidade prevista expressamente no ordenamento português, uma vez que a inexistência não encontra um regime expresso. A nulidade ocorre quando presente uma das hipóteses legalmente previstas⁵⁸⁷ e possui como características a não produção de efeitos independentemente de sua declaração (administrativa ou judicial)⁵⁸⁸. Reforça a natureza de grave violação à juridicidade o fato de a nulidade não se convalidar pelo decurso do tempo, o que permite sua impugnação e reconhecimento a qualquer tempo⁵⁸⁹.

A não produção de efeitos do ato nulo habilita seu reconhecimento (como questão prejudicial) por qualquer órgão administrativo ou judicial⁵⁹⁰ e não obriga os administrados e funcionários, que podem exercer o direito de resistência contra o ato nulo⁵⁹¹. Da mesma

⁵⁸⁴ V. artigo 164.º, n.º 1 do CPA.

⁵⁸⁵ Artigo 163.º (...) n.º 5 – Não se produz o efeito anulatório quando: a) O conteúdo do ato anulável não possa ser outro, por o ato ser de conteúdo vinculado ou a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível; b) O fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida tenha sido alcançado por outra via; c) Se comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo.

⁵⁸⁶ Cf. PAULO OTERO, *Legalidade...*, p. 964.

⁵⁸⁷ Sem que isso configure uma necessária interpretação restritiva do “rol taxativo”, o que permite, inclusive, o reconhecimento de nulidades por natureza.

⁵⁸⁸ É possível, entretanto, que o ato volte a produzir efeito em razão de reforma ou conversão. V. artigo 164.º, n.º 2 do CPA. Sobre o ponto, cf. LICÍNIO LOPES MARTINS, *A invalidade do acto administrativo no novo Código do Procedimento Administrativo: as alterações mais relevantes*, in: Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (Orgs.), Lisboa, AAFDL Editora, 2015, p. 907.

⁵⁸⁹ V. artigo 162.º, n.º 1 e 2 do CPA.

⁵⁹⁰ Entretanto, a declaração só pode ser feita por quem tem competência para decretar sua anulação (v. artigo 162.º, n.º 2 do CPA). Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral...*, p. 273.

⁵⁹¹ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A nulidade administrativa...*, p. 775. Mais à frente, todavia, o autor tempera a utilização do direito de resistência para os casos mais graves de nulidade (“nulidade-inexistência”), p. 785 e ss.

forma, a decisão que reconhece a nulidade tem natureza declarativa, visto que se limita a expor um estado de ineficácia que opera *ex lege*⁵⁹².

Ainda que o ato nulo não produza efeitos, constata-se, em determinados casos, o desenvolvimento de uma situação fática erigida diante da aparência de sua validade, o que possibilita eventualmente que se reconheça certos efeitos a esta conjuntura fática em função de princípios jurídicos como “boa-fé, da proteção da confiança e da proporcionalidade ou outros princípios jurídicos constitucionais, designadamente associados ao decurso do tempo”⁵⁹³⁻⁵⁹⁴. Desta forma, caso incidentes os princípios em questão, é possível, segundo Paulo Otero, “que sejam ‘repescados’ para o mundo do Direito certos efeitos decorrentes de puras situações de fato: a mera aparência torna-se realidade jurídica”⁵⁹⁵.

Assim é que de modo diverso da anulabilidade que se qualifica por ser uma invalidade condicionada pela necessidade de reconhecimento pelas autoridades (administrativas ou judiciais) competentes e pela ausência de decurso do tempo, a nulidade é uma invalidade incondicionada, o que traduz uma ponderação em favor da legalidade (*prima facie* considerada) em detrimento da segurança jurídica⁵⁹⁶.

Por fim, a inexistência já foi objeto de investigação no tópico 3.6.1 para onde se remete, de modo que basta aqui registrar que a inexistência se caracteriza como a ausência de requisitos mínimos de identificabilidade que permitam sua qualificação como um ato da Administração. Seu regime é semelhante, mas mais rigoroso, que o da nulidade, caracterizando-se, especificamente, pela: não produção de efeitos, impossibilidade de sanção, desnecessidade de declaração administrativa ou judicial, ausência do dever de obediência e possibilidade de utilização do direito de resistência.

7.4.2 – Invalidades decorrentes da equivocada verificação/solução de lacunas

⁵⁹² Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, v. II..., p. 357.

⁵⁹³ V. artigo 162.º, n.º 3 do CPA.

⁵⁹⁴ Sobre o ponto, cf. LICÍNIO LOPES MARTINS, *A invalidade do acto administrativo...*, p. 905.

⁵⁹⁵ Cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 647.

⁵⁹⁶ Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A nulidade administrativa...*, p. 771.

Como já afirmado, a verificação e solução de lacunas faz parte do processo de concretização normativa, da atribuição do juridicamente adequado sentido ao texto, de modo que se qualifica como interpretação. Assim, a equivocada verificação/solução de uma lacuna é um erro no processo de atribuição de sentido ao texto, que, portanto, gera uma solução contrária à juridicidade.

Todavia, diante da natureza de maior criatividade da interpretação ante uma lacuna é possível indagar se sua equivocada solução não ensejaria sempre uma atuação administrativa sem precedência de lei (em sentido amplo)? A resposta há de ser positiva. Porém, essa questão, apesar de aparentemente indicar um maior grau de violação à juridicidade ou mesmo à competência do Parlamento, na verdade, em nada altera o regime padrão de todo ato que viola a juridicidade.

A rigor, toda conduta ilegal contraria a precedência de lei, no sentido de atuação desconforme a juridicidade. Mesmo quando não se está diante de uma lacuna, a interpretação equivocada se traduz sempre numa atuação sem respaldo na legalidade. Como a juridicidade tem seu produto final apenas em concreto, a atuação contrária à legalidade (voluntária ou involuntária) pode ocorrer tanto na percepção em abstrato da norma quanto em razão da inadequada compreensão fática, porque em ambas as situações o que se tem como resultado final é uma atuação fora da previsão legal. Destarte, o “erro de fato” também se reconduz a uma atuação que contraria a juridicidade⁵⁹⁷.

Registre-se que o mesmo entendimento é aplicável à teoria positivista, pois a interpretação que, por exemplo, não traduz a correta vontade do legislador (para a corrente voluntarista) terá como consequência um resultado que viola a vontade legislativa, o que configura uma atuação sem precedência de lei, entendida como a atuação em desconformidade com a vontade legislativa⁵⁹⁸.

Neste sentido, a solução de lacunas em desconformidade com a juridicidade pode gerar todos os tipos de desvalores, a depender de como a juridicidade foi contrariada. Assim, violações laterais ensejarão uma irregularidade, violações graves gerarão nulidades ou inexistências e os demais casos serão enquadrados no regime da anulabilidade.

⁵⁹⁷ A respeito das invalidez provenientes de “erro de direito ou erro de fato”, cf. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo...*, p. 605-606.

⁵⁹⁸ Pode haver, porém, uma distinção entre erro na interpretação e erro na aplicação para a teoria positivista, ainda que todas elas gerem igualmente uma atuação ilegal.

Se, por exemplo, em razão de interpretação analógica, é criada uma obrigação pecuniária e posteriormente se verifica que a solução estava errada (em outros termos, era ilegal), o ato dela decorrente será nulo em razão do disposto no artigo 161.º, n.º 2, alínea k, do CPA⁵⁹⁹.

A atuação sem precedência de lei ocorre mesmo quando se está diante de interpretação que “restringe o sentido do texto”. Com efeito, se no exemplo citado da nulidade por criação de obrigação pecuniária não prevista em lei a interpretação do que seja obrigação pecuniária se restringe apenas às obrigações tributárias, o resultado final é uma interpretação que disse menos do que deveria e, assim, isentou o pagamento de outras tantas hipóteses de obrigações pecuniárias não tributárias, o que também configura atuação sem precedência de lei, uma vez que não há lei isentando o pagamento para estas outras situações.

O que se verifica é que, por conseguinte, toda atuação que se baseia em interpretação equivocada ocorre em violação à concepção de precedência de lei. É preciso reconhecer, entretanto, que o Direito convive com a ilegalidade com certa naturalidade. Pode-se dizer que não há entre legalidade e ilegalidade uma relação odiosa necessária, porque em diversos casos a ilegalidade não gera graves consequências⁶⁰⁰.

Na prática, o regime das irregularidades sublima quase por completo a ilegalidade, nos casos de anulabilidade o ato se comporta como válido até que seja declarado o contrário (sujeito a limitações de prazo e de competência para a declaração), mesmo na nulidade é possível o reconhecimento de certos efeitos advindos da materialidade que se constitui a partir do ato nulo e, para parte da doutrina, excepcionalissimamente também é

⁵⁹⁹ Artigo 161.º, n.º 2 – São, designadamente, nulos:... k) Os atos que criem obrigações pecuniárias não previstas na lei.

⁶⁰⁰ Esta característica é também o reconhecimento de que, inobstante haja uma interpretação juridicamente correta, em diversos casos pode ser conflituosa a verificação do sentido normativo, o que faz com que comportamentos lastreados em boa-fé, na tentativa de observar a juridicidade, possam depois ser qualificados como ilegais. Além de uma possível convivência harmônica com a ilegalidade, existem outros instrumentos tendentes a diminuir as incertezas inerentes à juridicidade. Nesta perspectiva, desempenham um papel relevante, notadamente diante de casos que se repetem, o papel conformador da juridicidade desempenhado pelos tribunais, que uniformizam o entendimento sobre determinada interpretação, bem como das competências administrativas de orientação e autocontrole interno, em especial o poder hierárquico, de superintendência e de tutela, que também possibilitam uma atuação mais uniforme da Administração. Neste sentido, no que concerne ao poder de controle que advém da hierarquia e da distinção entre hierarquia, superintendência e tutela, cf. PAULO OTERO, *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 135 e ss. e 221 e ss.

possível o reconhecimento de efeitos provenientes de condutas erigidas a partir de atos inexistentes⁶⁰¹.

Esta “tutela jurídica da ilegalidade” nada mais é do que o reconhecimento de que o erro faz parte do cotidiano jurídico e que, por vezes, é mais importante a manutenção da estabilidade. Há, no entanto, de se distinguir o tipo de erro, porque se ele confrontar valores essenciais à ilegalidade ela será duramente sancionada, podendo chegar a ponto de gerar a supressão da liberdade de seu autor nos casos em que se qualifica como crime. Não há, assim, um regime de invalidades inato às lacunas, que são balizadas pelo regime que cada país estabelece para as invalidades em geral.

É dentro desta realidade que o erro da interpretação que verifica/soluciona uma lacuna se encaixa. Como em toda interpretação errada, a solução da lacuna de forma equivocada gera uma atuação sem precedência de lei e não há, por isso, um necessário maior desvalor.

Só a partir de um conceito restrito de ausência de precedência de lei, tal que o identifique como a atuação contra os valores mais básicos do Direito, é possível pensar em uma sanção maior do ordenamento, mas isso é exatamente o que já ocorre com o regime da nulidade e da inexistência, por exemplo.

Portanto, o que importa para qualificar as consequências do equívoco na interpretação de uma lacuna é, como em todo erro hermenêutico, em qual modalidade de invalidade o erro se encaixa, de modo que sua maior ou menor sanção será uma decorrência do regime da invalidade em que se enquadre⁶⁰².

7.5 – Conclusões parciais

⁶⁰¹ No mesmo sentido, no regime de responsabilidade civil administrativa português a violação da lei gera apenas uma presunção de culpa leve (artigo 10.º, n.º 2, do RRCEE), o que, salvo demonstração de dolo ou culpa grave (artigo 8.º, n.º 2, do RRCEE), afasta a responsabilização do funcionário público. Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III: atividade administrativa...*, p. 501.

⁶⁰² O que só reforça a necessidade de um sistema coerente de invalidades, a permitir que violações graves da juridicidade tenham resposta equivalente, suprimindo eventuais lacunas, a exemplo do que ocorre com a construção da teoria da inexistência e nulidades por natureza. V. tópico 3.6.1.

Diante de uma lacuna, a Administração pode se encontrar em uma posição dúplice: (i) a primeira que tem a ver com sua solução para um caso concreto; (ii) a segunda que diz respeito ao problema em abstrato das lacunas em fontes próprias. As duas hipóteses estabelecem deveres e possibilidades que variam a depender da situação.

Quando a Administração tem de atuar e o agir tem como premissa a solução de uma lacuna, há um dever de integrar em concreto a lacuna, tanto porque esta é uma decorrência do dever de decidir quanto porque é uma necessidade para que a juridicidade seja corretamente observada. A não solução de uma lacuna é, assim, uma violação à juridicidade a que se vincula a Administração.

Já quando a lacuna é verificada em fonte própria da Administração, a questão que se coloca é a de se há um dever de alterar a fonte para previsão da situação lacunosa. Como as lacunas não impedem a produção de efeitos dos atos normativos, inexistente um problema no ato a ser sanado e, por isso, não há um dever de alteração da fonte para que preveja a situação lacunosa.

Nas fontes próprias unilaterais, o dever de sua emissão ocorre apenas quando se está diante de uma omissão, que não se confunde com o conceito de lacunas, porque a omissão paralisa a exequibilidade legal e as lacunas, não. Não há, entretanto, uma vedação à alteração, que é uma possibilidade que se coloca para a Administração.

Nas fontes próprias bilaterais, sua alteração para previsão da situação lacunosa depende sempre da manifestação da vontade de todas as partes. Mesmo nos casos em que a Administração tem a prerrogativa de alteração unilateral do contrato, não há um direito à alteração unilateral para supressão de lacuna, porque a modificação unilateral é restrita às hipóteses legalmente previstas de mudança do interesse público, que não abarcam (nem implicitamente) o direito de incluir uma determinada visão interpretativa no contrato.

Não há, também, um poder regulamentar geral conferido a toda a Administração para emissão de regulamentos (externos) para vincular determinada interpretação que solucione lacuna. Os órgãos têm, no entanto, a prerrogativa de auto-organização que engloba a possibilidade de emissão de orientações interpretativas que podem dispor sobre como deve ser solucionada determinada lacuna.

Tais orientações não vinculam os administrados que, entretanto, se pautarem suas condutas de acordo com elas, sofrem os influxos protetivos do princípio da boa-fé, da

tutela da confiança e da igualdade, o que, via de regra, afastará a possibilidade de atribuição de efeitos retroativos da modificação da orientação interpretativa, além de impedir sua derrogação singular para caso idêntico aos demais.

Por fim, a verificação ou solução equivocada de uma lacuna caracteriza uma incorreta concretização da juridicidade. Na qualidade de ato ilegal, este se submete ao regime geral das invalidades administrativas, de modo que não há qualquer peculiaridade que diferencia o regime de invalidades quando o ato tem como premissa interpretação que solucione uma lacuna.

Apesar de a incorreta verificação de uma lacuna aparentar uma situação de maior gravidade por ter permitido a atuação sem precedência de lei, toda conduta ilegal, mesmo a que tem como origem outros erros interpretativos (“erro de direito” ou “erro de fato”), qualifica-se como uma ação sem precedência de lei, sem que haja suporte jurídico que habilite a ação (ou omissão). Neste sentido, com ou sem a solução de lacunas, a equivocada interpretação conduz sempre a uma atuação sem precedência de lei.

8 – CONCLUSÃO

O objetivo desta dissertação foi o de verificar como o fenômeno das lacunas se desenvolve de forma ampla no Direito Administrativo. Destarte, o foco da análise nos variados aspectos do Direito Administrativo impossibilita uma conclusão geral que resuma toda a ideia. Em razão desta característica, adotou-se como metodologia realizar conclusões parciais em cada capítulo. Entretanto, é possível sublinhar as principais particularidades sobre lacunas em Direito Administrativo verificadas pela investigação.

Na introdução, foi delimitado o conceito de lacunas e adotada uma perspectiva normativa que, distanciada da concepção positivista, compreende a visão em abstrato do Direito como apenas um projeto normativo que pode ser revisto diante de um novo contexto, de modo que não reconhece a existência de um sentido inato e imutável do texto. As lacunas são, assim, a “*insuficiência do direito positivo constituído para dar resposta às exigências da realização concreta da juridicidade*”⁶⁰³.

Desta forma, as lacunas demonstram que se tinha uma insuficiente perspectiva do projeto normativo, o que requer a alteração do anterior sentido do texto para que possa estar de acordo com a juridicidade. Tal concepção é contrária a uma visão fechada da legalidade, que impede esta alteração de sentido, mesmo em campos nos quais a normatividade tem particularidades que se distanciam de seu modo ordinário de incidência.

A partir desta premissa normativa, na primeira parte da dissertação a investigação se debruçou sobre como este conceito de lacunas interage com a juridicidade administrativa.

O que se verificou foi que a juridicidade administrativa ainda é, em vasta medida, encarada numa perspectiva fechada, com áreas em que parte substancial da doutrina defende a impossibilidade de lacunas. Demonstrou-se que, para além da insubsistência teórica da vedação, inúmeras situações são admitidas pela doutrina que evidenciam como admitem a existência de lacunas nestes campos, ainda que normalmente o façam sem enfrentar expressamente a ocorrência de uma lacuna.

⁶⁰³ Cf. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica...*, p. 213-214.

A construção de áreas em que as lacunas são vedadas parte da equivocada premissa de que as lacunas são contrárias à necessidade de maior previsibilidade e segurança inerentes a certas áreas (como nos tipos sancionadores, instituidores de tributos e em regras de competência) ou mesmo de respeito à lógica normativa (como nas normas taxativas ou excepcionais), características que não são abandonadas pela admissão potencial de lacunas nos diversos campos em que se tem reconhecida a existência de uma incidência diferenciada da legalidade.

Assim, a diferença conceitual entre legalidade privada e a administrativa, além da existência de espaços sobre os quais a juridicidade administrativa funciona de forma peculiar, condicionam a interpretação, mas não são barreiras intransponíveis ao reconhecimento de que é possível que a juridicidade solicite a alteração do sentido que se tinha sobre determinado texto em razão de um novo cenário, o que configura a existência de uma lacuna.

Ainda dentro da influência positivista, a juridicidade administrativa também é tradicionalmente concebida em uma perspectiva restrita no que concerne às fontes do Direito Administrativo, sendo basicamente admitidas as fontes previstas pelo poder instituído. Entretanto, demonstrou-se que as fontes do Direito são aquelas reconhecidas pela comunidade como normatividade vinculante vigente, o que não afasta a centralidade da fonte legislativa do cotidiano administrativo, mas impõe o reconhecimento de outras fontes admitidas pela comunidade, mesmo que não expressamente previstas no ordenamento.

O reconhecimento dessas outras fontes do Direito Administrativo impõe duas conclusões importantes relacionadas às lacunas. A primeira é que sempre que presente uma fonte do Direito que regule a conduta não há uma lacuna; antes, o que se tem é uma normatividade vigente, o que afasta, por exemplo, a tradicional concepção de costumes como um dos métodos de solução de lacunas. A segunda é que as lacunas também ocorrem nessas outras fontes, ainda que os problemas típicos enfrentados tradicionalmente pelo tema lacunas sejam maiores nas fontes escritas em razão da “barreira textual”. Uma vez que as fontes não escritas são (super) lacunosas por natureza, estas acabam por solicitar um modelo de interpretação que trabalhe com esta característica.

Verificado como as lacunas se manifestam diante da juridicidade administrativa, na segunda parte da dissertação foi investigado como a Administração deve atuar para solucionar lacunas.

Os métodos de solução de lacunas são a analogia e os princípios jurídicos fundamentais. A analogia funciona mantendo a coerência do Direito ao permitir que casos juridicamente semelhantes tenham a mesma resposta da juridicidade. Os princípios jurídicos fundamentais permitem a construção de uma nova normatividade diretamente extraída dos elementos básicos de fundação do Direito.

Nesta tarefa, os métodos de solução de lacunas devem observar os limites impostos pelo Direito; restrições que não vedam de modo irrestrito e abstratamente o reconhecimento e solução de lacunas em qualquer área de incidência da legalidade, mas que solicitam respeito aos limites democráticos, à racionalidade jurídica e à intencionalidade normativa. Os limites metodológicos integrativos são, por conseguinte, balizas que precisam ser consideradas para a concretização normativa.

Por fim, o reconhecimento de lacunas em Direito Administrativo impõe à Administração um dever de solução destas diante de um caso, para que possa observar todas as exigências da juridicidade, o que demonstra que há, assim, um dever geral de solucionar lacunas em prol da juridicidade. Entretanto, este dever se limita aos casos concretos, inexistindo um dever de alteração das fontes próprias da Administração quando contenham lacuna. Destaca-se, ainda, que a atuação baseada em equivocada solução de lacuna não se submete a um regime especial, e sim ao regime geral das invalidades administrativas.

As lacunas comprovam, portanto, que é preciso abandonar a noção de uma legalidade fechada para que seja possível realizar plenamente a juridicidade administrativa, que é naturalmente aberta, sem um conteúdo definido de modo absoluto em abstrato, influenciada pelo caso e mutável em razão do contexto histórico, o que afasta sua compreensão como contendo um significado inato e estático, mas como sendo sempre carecedora de um sentido moldado em concreto.

As lacunas em Direito Administrativo demonstram que a juridicidade administrativa está sempre aberta a um novo tempo.

Bibliografia

ACKERMAN, BRUCE

- *Adeus, Montesquieu*, in: RDA – Revista de Direito Administrativo, tradução de Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, Rio de Janeiro, v. 265, jan.-abr. 2014.
- *The living constitution*, Harvard Law Review, v. 120, n. 7, maio de 2007.

AGUILAR, FRANCISCO MANUEL FONSECA DE

- *A ideia de Direito ou uma das ideias de Direito?*, in: Revista de Direito Civil, Ano 1, nº 4, Coimbra, Almedina, 2016.
- *A norma do caso como norma no caso: sobre a prático-axiológica natureza intersubjectiva realização (unitária) do Direito*, Coimbra, Almedina, 2016.
- *Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade*, Lisboa Editora AADFL, 2014.

ALBUQUERQUE, RUY DE

- *Direito de juristas – Direito de Estado*, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 42, nº 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

ALEXY, ROBERT

- *Direitos fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, tradução de Paulo Pereira Gouveia, in: O Direito, Lisboa, A. 146, nº 4 (2014), Almedina.
- *Teoria Discursiva do Direito*, tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Rio de Janeiro, Forense, 2014.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, tradução de Ernesto Garzón Valdés (do original THEORIE DER GRUNDRECHTE, 1986), Madrid, editado por Centro de Estudos Constitucionais, 1993.

AMARAL, DIOGO FREITAS DO

- *Curso de Direito Administrativo*, v. II, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal, Coimbra, Almedina, 2016.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE

- *A Justiça administrativa: lições*, 14. ed., Coimbra, Almedina, 2015.
- *A nulidade administrativa: essa desconhecida*, in: Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Augusto de Athayde, João Caupers e Maria da Glória F.P.D. Garcia (Orgs.), Coimbra, Almedina Editora, 2010.
- *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

ANTUNES, LUÍS FELIPE COLAÇO

- *A ciência jurídica administrativa: noções fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2016.

ANTUNES, TIAGO

- *A decisão no Novo Código do Procedimento Administrativo*, in: Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (Orgs.), Lisboa, AAFDL Editora, 2015, p. 759-795.

ARAGÃO, ALEXANDRE SANTOS DE

- *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2013.
- *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*, São Paulo, Forense, 2017.

ATIENZA, MANUEL

- *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editora Trotta, 2014.
- *Sobre la analogía en el Derecho: ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Editorial Civitas, 1986.

ÁVILA, HUMBERTO

- *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, São Paulo, Malheiros, 2011.
- *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2005.

BACHOF, OTTO

- *Normas constitucionais inconstitucionais?*, tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa (título original VERFASSUNGSWIDRIGE VERFASSUNGSNORMEN?), Coimbra, Almedina, 2008.

BAPTISTA, EDUARDO CORREIA

- *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, Lex, 1997.

BARCELLOS, ANA PAULA DE

- *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

BARROSO, LUÍS ROBERTO

- *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo*, in: Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (Orgs.), Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, v. 3, Coimbra, 2012, v. 3, p. 123-150.

BINENBOJM, GUSTAVO

- *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*, in: Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, Daniel Sarmiento (Org.), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2005, p. 117-169.
- *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador*, Belo Horizonte, Fórum, 2017.

BITENCOURT, CEZAR ROBERTO

- *Tratado de Direito Penal, v. 3, Parte especial, Dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos*, São Paulo, Saraiva, 2015.

BOBBIO, NORBERTO

- ***O Positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito***, tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995.
- ***Teoria da norma jurídica***, tradução de Fernando Pavan e Atiano Bueno Sudatti, São Paulo, Edipro, 2001.
- ***Teoria do ordenamento jurídico***, tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (título original *TEORIA DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO*), Brasília, Editora UNB, 1995.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG

- ***Estudios sobre el estado de derecho y la democracia***, tradução de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.

BONAVIDES, PAULO

- ***Curso de Direito Constitucional***, 15. ed., São Paulo, Malheiros.

BRONZE, FERNANDO JOSÉ

- ***A metodonologia (para além da argumentação)***, in: *Stvdia Ivridica* 90: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, v. I: filosofia, teoria e metodologia, Jorge de Figueiredo Dias, J. J. Gomes Canotilho e José de Faria Costa (Orgs.), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 335-374
- ***Lições de introdução ao Direito***, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

CAETANO, MARCELLO

- ***Manual de Direito Administrativo***, v. I, atualizado por Diogo Freitas do Amaral, Coimbra, Almedina, 2007.

CALDAS, FILIPA LEMOS

- ***Analogia em Direito Administrativo: os limites à integração analógica de normas administrativas***, Lisboa, AAFDL, 2015.

CALDEIRA, JORGE

- ***História da riqueza no Brasil: cinco séculos de pessoas, costumes e governos***, Rio de Janeiro, Estação Brasil, 2017.

CALDEIRA, MARCO

- *A figura da ‘anulação administrativa’ no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015*, in: Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (Orgs.), Lisboa, AAFDL Editora, 2015, p. 1033-1070.

CANARIS, CLAUS WILHELM

- *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, tradução de António Menezes Cordeiro (título original SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1998.
- *O Princípio da Sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional*, in: Revista de Estudos Politécnicos, v. VIII, nº 13, 2010.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES; MOREIRA, VITAL

- *Constituição da República Portuguesa Anotada, v. I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- *Constituição da República Portuguesa Anotada, v. II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

CAROTTI, BRUNO; CASINI, LORENZO

- *A Hybrid Public-Private Regime: the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) and the Governance of the Internet*, in: Global Administrative Law: Cases, Materials, Issues, Sabino Cassese et al. (Org.), Istituto Di Ricerche Sulla Pubblica Amministrazione – IRPA e Institute for International Law and Justice – IILJ, 2008, p. 29-37.

CASSESE, SABINO

- *La globalización jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

- *The Global Polity: Global Dimensions of Democracy and The Rule of Law*, Sevilha, Global Law Press, 2012.

CASTRO, RAQUEL ALEXANDRA BRÍZIDA

- *As omissões normativas inconstitucionais no Direito Constitucional Português*, Coimbra, Almedina, 2012.

CAUPERS, JOÃO

- *Introdução ao Direito Administrativo*, Lisboa, Âncora Editora, 2009.

CAUPERS, JOÃO; SÈVES, ANTÓNIO LORENA

- *O acto administrativo como fonte de direito*, in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, v. IV: administração e sustentabilidade: entre riscos e garantias, Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (Orgs.), Coimbra, Coimbra, 2012, p. 177-194.

CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN

- *Atividade legislativa do Poder Executivo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN; LORENZETTO, BRUNO MENESES

- *Governo democrático e jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, Fórum, 2016.

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO

- *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 2003.
- *O incumprimento do dever de decidir*, in: Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, v. II, Lisboa, editado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 217-254.
- *Revisitando o estado de necessidade*, in: Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Augusto de Athayde, João Caupers, Maria da Glória F.P.D. Garcia (Orgs.), Coimbra, Almedina, 2010, p. 719-746.

COUTINHO, LUÍS PEDRO PEREIRA

- *A autoridade moral da Constituição: da função de validade do Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

DINIZ, MARIA HELENA

- *As lacunas no Direito*, São Paulo, Saraiva, 2000.
- *Compêndio de introdução à Ciência do Direito: introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma jurídica e aplicação do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2009.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA

- *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2018.

DUARTE, DAVID

- *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra, Almedina, 2006.

DUARTE, MARIA LUÍSA

- *A Teoria dos Poderes Implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*, Lisboa, Lex, 1997.
- *Direito Internacional Público e a ordem jurídica global do século XXI*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

DWORKIN, RONALD MYLES

- *No Right Answer, in: Law, Morality and Society, Essays in Honor of HLA Hart*, P.M.S. Hacker e J. Raz (Orgs.), Oxford, Clarendon Press, 1977.
- *O império do Direito*, tradução de Jefferson Luiz Camargo (título original LAW'S EMPIRE), São Paulo, Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, KARL

- *Introdução ao pensamento jurídico*, tradução de João Baptista Machado (título original EINFÜHRUNG IN DAS JURISTISCHE DENKEN, 1983), 8. ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENTERRÍA, EDUARDO GARCÍA DE

- *Las Transformaciones de la Justicia administrativa: de excepción singular a la plenitude jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Navarra, Thomson Reuters, 2007.

ENTERRÍA, EDUARDO GARCÍA DE; FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN

- *Curso de Derecho Administrativo, v. I*, Thomson Reuters, 2013.
- *Curso de Derecho Administrativo, v. II*, Thomson Reuters, 2013.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO

- *A fuga para o Direito Privado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- *Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável*, Coimbra, Almedina, 2014.
- *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, Almedina, 2003.

FERNANDES, BERNARDO GONÇALVES

- *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

FERNANDEZ, TOMÁS R.

- *De la arbitrariedad de la administración*, Thomson Civitas, 2008.

FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES

- *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2013.

GADAMER, HANS-GEORG

- *O problema da consciência histórica*, tradução de Paulo Cesar Duque Estrada (título original LE PROBLÈME DE LA CONSCIENCE HISTORIQUE), Rio de Janeiro, Editora FGV, 2003.

- *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, tradução de Flávio Paulo Meurer (título original WAHRHEIT UND METHODE), Petrópolis, Vozes, 1999.

GOMES, CARLA AMADO

- *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa, AAFDL Editora, 2018.
- *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

GONÇALVES, PEDRO COSTA

- *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2018.

GORDILLO, AGUSTÍN

- *Tratado de Derecho Administrativo: Tomo 8, Teoría General del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL

- *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, Coimbra, Almedina, 2010.

GRECO, ROGÉRIO

- *Curso de Direito Penal, v. 3, Parte especial*, Niterói, Impetus, 2014.

HÄBERLE, PETER

- *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*, in: Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, tradução de Rita Dostal Zanini, Ingo Wolfgang Sarlet (Orgs.), Rio de Janeiro, Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 45- 104.

HACHEM, DANIEL WUNDER

- *Mandado de injunção e direitos fundamentais*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.

HAMILTON, ALEXANDER; MADISON, JAMES; JAY, JOHN

- *The Federalist Papers*, Oxford, Oxford University Press, [s. d.].

HART, H. L. A.

- ***O Conceito de Direito***, tradução de A. Ribeiro Mendes (título original: THE CONCEPT OF LAW), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HAURIOU, ANDRÉ

- ***A utilização em Direito Administrativo das regras e princípios do Direito Privado***, tradução de Paulo da Mata Machado (do original RECUEIL D'ÉTUDES SUR LES SOURCES DU DROIT EN L'HONNER, de François Geny, Tome III, Les sources des diverses branches du droit), Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, abr. 1945, p. 465-473.

HAURIOU, MAURICE

- ***Précis de Droit Administratif et de Droit Public***, Paris, editado por Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914.

HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL

- ***O caleidoscópio do Direito: o Direito e a Justiça nos dias de hoje***, Coimbra, Almedina, 2007.

HESSE, KONRAD

- ***A força normativa da Constituição***, tradução de Gilmar Ferreira Mendes (título original DIE NORMATIVE KRAFT DER VERFASSUNG), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUNIOR, TERCIO SAMPAIO FERRAZ

- ***Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação***, São Paulo, Atlas, 2003.

JUSTEN FILHO, MARÇAL

- ***Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos***, São Paulo, Dialética, 2005.
- ***O Direito das agências reguladoras independentes***, São Paulo, Dialética, 2002.

KELSEN, HANS

- ***Teoria Geral do Direito e do Estado***, tradução de Luís Carlos Borges (título original GENERAL THEORY OF LAW AND STATE, 1961), São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- ***Teoria Geral das Normas***, tradução de José Florentino Duarte (título original ALLGEMEINE THEORIE DER NORMEN, 1979), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- ***Teoria Pura do Direito***, tradução de João Baptista Machado (título original REINE RECHTSLEHRE, 1960), 6. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.

KLUG, ULRICH

- ***Lógica jurídica***, tradução de Juan David García Bacca (título original JURISTISCHE LOGIK, 1951), Caracas, Editora Facultad de Derecho de la Universidad Central – Venezuela, 1961.

KRELL, ANDREAS J.

- ***Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos***, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

LARENZ, KARL

- ***Metodologia da Ciência do Direito***, tradução de José Lamago (título original METHODENLEHRE DER RECHTSWISSENSCHAFT), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, FERDINAND

- ***Que é uma Constituição?***, tradução de Walter Stönnner, São Paulo, Edições e Publicações Brasil, 1933.

LEITÃO, ALEXANDRA

- ***A condenação à prática de ato devido no Novo Código de Processo nos tribunais administrativos: âmbito, delimitação e pressupostos processuais***, in:

Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA, coordenado por Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Lisboa, AAFDL Editora, 2016, p. 277-296.

- *Lições de Direito dos Contratos Públicos: parte geral*, Lisboa, Editora AAFDL, 2014.

Loewenstein, Karl

- Teoría de la constitución, tradução de Alfredo Gallego Anabitarte (título original VERFASSUNGSLEHRE), Barcelona, Ariel, 1979.

LOPES, PEDRO MONIZ

- *Princípio da boa fé e decisão administrativa*, Coimbra, Almedina, 2011.

MACCORMICK, NEIL

- *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*, tradução de Waldéa Barcelos, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

MACHADO, JONATAS E. M.

- *Direito da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

MACHETE, PEDRO

- *Elementos para o estudo das relações entre os actos legislativos do Estado e das regiões autónomas no quadro da Constituição vigente*, in Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva (Orgs.), Estudos de Direito Regional, Lisboa, Lex, 1997.

MARIS, CEES W.

- *Milking the Meter: On Analogy, Universalizability and World Views*, in: Legal Knowledge and Analogy: Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics, Patrick Nerhot (Org.), Springer Science+Business Media, 1991.

MARMOR, ANDREI

- *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, [s.n.], 2005.

MARTINS, LICÍNIO LOPES

- *A invalidade do acto administrativo no novo Código do Procedimento Administrativo: as alterações mais relevantes*, in: Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (Orgs.), Lisboa, AAFDL Editora, 2015, p. 881- 922.

MATHIEU, BERTRAND

- *Reflexões sobre o papel dos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional*, tradução de Elizabeth Lopes e Ana Marta Cattani de Barros Zilveti, in: Direito Constitucional, estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, São Paulo, Dialética, 1999.

MAURER, BÉATRICE

- *Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*, in: Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, tradução de Rita Dostal Zanini, Ingo Wolfgang Sarlet (Orgs.), Rio de Janeiro, Livraria do Advogado Editora, 2009.

MAZZUOLI, VALERIO DE OLIVEIRA

- *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Revista do Tribunais, 2015.

MEDEIROS, RUI

- *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999.

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE

- *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2015.

MELLO, PATRÍCIA PERRONE CAMPOS

- *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

MIRANDA, JORGE

- *Curso de Direito Constitucional: estrutura do Estado. Sistemas políticos. Atividade constitucional do Estado. Fiscalização de constitucionalidade*, v. 2, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016.
- *Direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2017.
- *Manual de Direito Constitucional*, v. I, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- *Manual de Direito Constitucional: Tomo II, constituição e inconstitucionalidade*, 3. ed., Coimbra Editora, 1996.
- *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2015.

MIRANDA, JULIANA GOMES

- *Teoria da Excepcionalidade Administrativa: a juridicização do estado de necessidade*, Belo Horizonte, Fórum, 2010.

MONIZ, ANA RAQUEL GONÇALVES

- *Estudos sobre os regulamentos administrativos*, Coimbra, Almedina, 2016.
- *O controlo judicial do exercício do poder regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos Revisto*, in: *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*, coordenado por Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Lisboa, AAFDL Editora, 2016, p. 331-378.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO

- *Interpretação e o protagonismo da doutrina*, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 145º, nov.-dez., 2015, Coimbra Editora, p. 66-77.

MONTESQUIEU,

- *O espírito das leis*, tradução de Cristina Muracho, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

MORAIS, CARLOS BLANCO DE

- *As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português*, in: *Mandado de injunção: estudos sobre sua*

regulamentação, Gilmar F. Mendes, André R. do Vale e Fábio L. Quintas (Orgs.), São Paulo, Saraiva, 2013.

- *Curso de Direito Constitucional: funções do Estado e o Poder Legislativo no ordenamento português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.
- *Justiça Constitucional, Tomo I: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO

- *Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais*, in: Revista de informação legislativa, ano 25, nº 100, out.-dez. de 1988, p. 127-162.
- *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*, Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO; GARCIA, FLÁVIO AMARAL

- *A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador*, in: Revista Brasileira de Direito Público, n. 43, out.-dez. 2013, Belo Horizonte, Fórum., p. 9-28.

MÜLLER, FRIEDRICH

- *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, tradução de Peter Naumann, Renovar, 2005.

NABAIS, JOSÉ CASALTA

- *Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2011.

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA

- *Fontes do Direito: contributo para a revisão de seu problema*, in Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, v. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- *Interpretação jurídica*, in: Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, v. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

- *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, Stvdia Ivridica I, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- *O Princípio da Legalidade Criminal*, in: Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, v. 1.
- *O problema da discricionariedade*, in: Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, v. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

NOVAIS, JORGE REIS

- *A dignidade da pessoa humana, v. I: dignidade e direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2015.
- *A dignidade da pessoa humana, v. II: dignidade e inconstitucionalidade*, Coimbra, Almedina, 2016.
- *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do estado de Direito liberal ao estado social e democrático de Direito*, Coimbra, 1987.
- *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA, FERNANDA PAULA

- *A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa*, Coimbra, Almedina, 2011.

OLIVEIRA, FERNANDA PAULA; DIAS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO

- *Noções fundamentais de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2016.

OTERO, PAULO

- *A fiscalização da constitucionalidade em Portugal*, in: Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 5, 2005.
- *As instituições políticas e a emergência de uma “Constituição não oficial”*, in: Anuário português de Direito Constitucional, v. II, Ano II, Coimbra, 2002, p. 83-116.
- *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

- *Direito Constitucional Português, v. II: organização do poder político*, Coimbra, Almedina, 2010.
- *Direito do Procedimento Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2016.
- *Instituições políticas e constitucionais, v. I*, Coimbra, Almedina, 2007.
- *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2011.
- *Manual de Direito Administrativo*, v. I, Coimbra, Almedina, 2014.
- *O poder de substituição em Direito Administrativo: enquadramento dogmático-constitucional, v. II*, Lisboa, Lex Editora, 1995.
- *Prefácio: os limites à analogia em Direito Administrativo*, in: Analogia em Direito Administrativo: os limites à integração analógica de normas administrativas, Filipa Lemos Caldas (Org.), Lisboa, AAFDL, 2015.

PARADA, RAMÓN

- *Derecho Administrativo, I: introducción, organización administrativa, empleo público*, Madrid, Open, 2013.

PASTOR, JUAN ALFONSO SANTAMARÍA

- *Principios de Derecho Administrativo, Volumen I*, Madrid, Editora Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

PEDRA, ANDERSON SANT'ANA

- *A jurisdição constitucional e a criação do Direito na atualidade*, Belo Horizonte, Fórum, 2017.

PINHEIRO, ALEXANDRE SOUSA; SERRÃO, TIAGO; CALDEIRA, MARCO; COIMBRA, JOSÉ DUARTE

- *Questões fundamentais para a aplicação do CPA*, Coimbra, Almedina, 2016.

PIOVESAN, FLÁVIA; CHADDAD, MARIA CECÍLIA CURY

- *Efeitos da decisão em mandado de injunção*, in: Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação, Gilmar F. Mendes, André R. do Vale e Fábio L. Quintas (Orgs.), São Paulo, Saraiva, 2013.

PIRES, THIAGO MAGALHÃES

- *As competências legislativas na Constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e da solução de seus conflitos à luz do Direito Constitucional contemporâneo*, Belo Horizonte, Fórum, 2015.

POSNER, RICHARD A.

- *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

QUEIRÓ, AFONSO RODRIGUES

- *Lições de Direito Administrativo*, v. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1976.
- *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1940.

RAZ, JOSEPH

- *La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral*, tradução de Rolando Tamayo, México D.F., editado pela imprensa da Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

RIVERO, JEAN

- *Direito Administrativo*, tradução de Rogério Ehrhardt Soares (no original DROIT ADMINISTRATIF, publicado no ano de 1975), Almedina, 1981.

RESEK, FRANCISCO

- *Direito Internacional Público*, São Paulo, Saraiva, 2008.

ROCHA, JOAQUIM FREITAS DA

- *O problema da unidade do ordenamento jurídico: refletindo sobre Castanheira Neves e o seu 'sistema aberto e de reconstrução dialéctica'*, in: *Stvdia Ivridica*, n.º 90, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, v. I., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 1009-1032.

ROUSSEAU, JEAN-JACQUES

- *O contrato social*, tradução de Antonio de Pádua Danesi, São Paulo, Martins Fontes, 1996.

SARLET, INGO WOLFGANG

- ***Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988***, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, INGO WOLFGANG; MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL

- ***Curso de Direito Constitucional***, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, VASCO PEREIRA DA

- ***Continuando a viagem pela Europa do Direito Administrativo***, in: Direito Público Sem Fronteiras, Vasco Pereira da Silva e Ingo Wolfgang Sarlet (Orgs.), Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas – ICJP, 2011.
- ***O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo***, Coimbra, Almedina, 2013.

SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA

- ***Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais***, in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, v. 3, Coimbra, 2012.

SOARES, ROGÉRIO GUILHERME EHRHARDT

- ***Interesse público, legalidade e mérito***, Coimbra Editora, 1955.

SOUSA, MARCELO REBELO DE

- ***Inexistência jurídica***, in: Dicionário Jurídico da Administração ***Pública***, v. 5, José Pedro Fernandes (Diretor) e Afonso Rodrigues Queiró (Consultor da Direção), 1993.
- ***O valor jurídico do acto inconstitucional***, Lisboa, 1988.

SOUSA, MARCELO REBELO DE; GALVÃO, SOFIA

- ***Introdução ao estudo do Direito***, Lisboa, 2000.

SOUSA, MARCELO REBELO DE; MATOS, ANDRÉ SALGADO DE

- ***Direito Administrativo Geral, Tomo I: introdução e princípios fundamentais***, Alfragide, Editora Dom Quixote, 2016.
- ***Direito Administrativo Geral, Tomo III: atividade administrativa***, Alfragide, Editora Dom Quixote, 2016.
- ***Direito Administrativo Geral, Tomo III: atividade administrativa, contratos públicos***, Lisboa, Editora Dom Quixote, 2008.

SOUSA, NUNO J. VASCONCELOS ALBUQUERQUE

- ***Noções de Direito Administrativo***, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

SOUZA FILHO, ADEMAR BORGES DE

- ***Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira***, Belo Horizonte, Fórum, 2016.

SOUZA NETO, CLÁUDIO PEREIRA DE; SARMENTO, DANIEL

- ***Direito Constitucional: teoria, história, e métodos de trabalho***, Belo Horizonte, Fórum, 2014.

STARCK, CHRISTIAN

- ***Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da lei fundamental alemã***, in: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, tradução de Rita Dostal Zanini, 2. ed., Rio de Janeiro: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STRECK, LENIO LUIZ

- ***Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo***, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 46, n. 1 (2005).
- ***O que é isso – decido conforme minha consciência?***, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012.
- ***Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito***, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999.

- *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

SUNDFELD, CARLOS ARI

- *Direito Administrativo para céticos*, São Paulo, Malheiros, 2014.

SUNDFELD, CARLOS ARI; CÂMARA, JACINTHO ARRUDA

- *Conselhos de fiscalização profissional: entidades públicas não-estatais*, Revista de Direito do Estado n.º 4 (out.-nov. de 2006), Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 321-333.

SUNSTEIN, CASS R.

- *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

TAVARES, ANDRÉ RAMOS

- *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2012.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO

- *Introdução ao estudo do Direito*, v. I, Coimbra Editora, 2001.

VIEHWEG, THEODOR

- *Tópica e jurisprudência*, tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. (título original TOPIK UND RECHTSPHILOSOPHIE), Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VORONOFF, ALICE

- *Direito Administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação*, Belo Horizonte, Fórum, 2018.

WALDRON, JEREMY

- *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

WAMBIER, LUIZ RODRIGUES; VASCONCELOS, RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE

- *A propósito da proposta legislativa de nova disciplina para o mandado de injunção*, in: Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação, Gilmar F. Mendes, André R. do Vale e Fábio L. Quintas (Orgs.), São Paulo, Saraiva, 2013.

WOLF, HANS J.; BACHOFF, OTTO; STROBER, ROLF

- *Direito Administrativo, v. 1*, tradução de António F. de Sousa (título original VERWALTUNGSRECHT, V. 1), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

XAVIER, ALBERTO PINHEIRO

- *Conceito e natureza do lançamento tributário*, São Paulo, Juriscredi, [s.d.].

ZAFFARONI, RAÚL; BATISTA, NILO; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO

- *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*, Rio de Janeiro, Renavan, 2006.